Lässt sich die Regel: „Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest“ auch auf das Testament eines Haussohnes über sein castrense oder quasi castrense peculium anwenden?

Inaugural-Dissertation

welche nebst beigefügten Thesen mit Genehmigung

der

juristischen Facultät der Universität Breslau

zur

Erlangung der juristischen Doctorwürde

am Sonnabend, den 13. Januar 1883

Vormittags 12 Uhr

im Musiksaal der Universität

gegen die Herren:

Moritz Schönfeld, Oberlandesgerichts-Referendar
Gustav Neisser, Oberlandesgerichts-Referendar

öffentlich vertheidigen wird

Leo Moses
Oberlandesgerichts-Referendar.

Breslau 1882.
Druck von Th. Schatzky, Wallstrasse 14b.

Seinem hochverehrten Lehrer

Herrn Professor Dr. Schwanert

in grösster Hochachtung

sowie

Seinen theuren Eltern

in kindlicher Liebe und Dankbarkeit

gewidmet

vom

Verfasser.

Literatur.

Cephalus: Consiliorum sive responsorum iuris libri. Frankfurt 1579—1583.

Antonius Faber: Jurisprudentiae Papinianeae scientia. Lyon 1607.

Brunnemann: Commentarius in Pandectas. Frankfurt 1670.

Zimmern: Geschichte des Römischen Privatrechts. Heidelberg 1826.

Hänsel: Bemerkungen und Excurse über das in dem Königreich Sachsen giltige Civilrecht. Leipzig 1828—1833.

Löhr: Civilistische Bemerkungen im Archiv für die civilistische Praxis. Siebenter Band. Heidelberg 1833.

Seuffert: Rechtsfall im Archiv für die civilistische Praxis. Dritter Band. 1833.

Huschke: Ueber die Rechtsregel: „Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest" in der Zeitschrift: Neues Rheinisches Museum für Jurisprudenz. 2. Band, 3. Heft. Göttingen 1834.

Glück: Ausführliche Erläuterungen der Pandecten nach Hellfeld

38. Theil	Erlangen	1835
40. Theil		1838
42. Theil		1842

Neuner: Die heredis institutio ex re certa. Giessen 1853.

Heimbach sen.: Artikel Testamente in Weiske's Rechtslexikon. 10. Bd. Leipzig 1856.

Rein: Das Privatrecht und der Civilprozess der Römer. Leipzig 1858.

Schirmer: Handbuch des römischen Erbrechts. 1. Theil. Leipzig 1863.

Köppen: System des heutigen römischen Erbrechts. 2. Lieferung. Jena 1864.

Fitting: Zur Geschichte des Soldatentestaments. Eine Festschrift. Halle 1866.

(Diese Schrift citire ich mit dem vollen Titel zum Unterschiede von der folgenden Schrift.)

Fitting: Das Castrense Peculium in seiner geschichtlichen Entwickelung und heutigen gemeinrechtlichen Geltung. Halle 1871.

Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Deutschen Reichstages. Zweite Legislaturperiode. I. Session. 1874. 2. Band. Berlin 1874.

Kohler: Stammeinheit und Nachberufung im Archiv für die civilistische Praxis. 59. Band. Neue Folge 9. Band. Heidelberg 1876.

Schütze: Artikel Accrescenz und

Hölder: Artikel Peculium, beide in Holtzendorffs Rechtslexikon. Leipzig 1880.

Hölder: Beiträge zur Geschichte des Römischen Erbrechts. Erlangen 1881. (Diese Schrift citire ich: „Hölder Beiträge" zum Unterschied von der vorhergehenden Schrift.)

Ferner die neusten Ausgaben der Lehrbücher der Pandecten von **Windscheid, Wächter, Keller, Vangerow, Arndts** und **Baron.**

Sowie **Gerber:** System des deutschen Privatrechts. Jena 1878.

Inhaltsverzeichniss.

	Seitenzahl.
I. **Einleitende Bemerkungen**	1—9
a. Unsere Frage in der Literatur § 1	1—2
b. Bedeutung der Regel: Nemo pro parte testatus pro parte intestatatus decedere potest § 2	2—5
c. Das castrense und quasi castrense peculium § 3 .	5—9
II. **Lässt sich die Regel: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest auch auf das Testament eines Haussohnes über sein castrense peculium anwenden?** § 4—13	9—55
Bedeutung unserer Frage § 4	9—11
A. **Der Haussohn hat über sein ganzes castrense peculium verfügt** § 5—12	11—53
1. Er hat nur ein castrense peculium § 5—8	11—36
a. Der Haussohn testirt als Soldat und stirbt als Soldat § 5	11—20
b. Der Haussohn testirt als Soldat und stirbt als paganus § 6	20—23
c. Der Haussohn testirt als paganus und stirbt als paganus § 7	23—35
d. Der Haussohn testirt als paganus und stirbt als miles § 8	35—36
2. Der Haussohn hat neben dem castrense peculium noch bona adventicia § 9—12 .	36—53
a. Die bona adventicia § 9	36—38
b. Genaue Fixirung der Frage § 10	38—39
c. Die Ansicht nach der die Regel: Nemo pro parte etc. auch hier Anwendung findet (Cephalus und Brunnemann) § 11	39—40

Seitenzahl.

d. Die Regel findet in unserm Fall keine Anwendung § 12 . . . . . 40—53
α. Die Begründungen von Koppen, Hänsel und Fitting . . . . . 40—43
β. Versuch, die Nichtanwendung der Regel zu begründen mit Rücksicht auf das Geltungsgebiet der Regel überhaupt . . 43—52
γ. Die Nichtanwendung der Regel lässt sich aus der Natur der bona adventicia schliessen 52—53
B. **Der Haussohn hat nur über einen Theil seines castrense peculium verfügt** § 13 . . . 53—55

III. **Lässt sich die Regel: Nemo pro parte etc. auch auf das Testament eines Haussohnes über sein quasi castrense peculium anwenden?** § 14 . . . . . 56—58

IV. **Schliessende Bemerkungen.**
Der practische Werth unserer Frage § 15 . . 58—64

I. Einleitende Bemerkungen.

§ 1.

a. Unsere Frage in der Literatur.

Die Frage, ob der Satz: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, auch auf das Testament eines Haussohnes über sein castrense oder quasi castrense peculium Anwendung findet, hat, obwohl sie doch durchaus keine uninteressante und, wie unten gezeigt werden wird, auch practisch nicht unwichtige ist, in der Literatur keine solche Beachtung gefunden, wie man es bei fast allen Fragen des römischen Civilrechts gewohnt ist. Den Hauptgrund, den Fitting[1]) dafür anführt, dass das Institut des peculium castrense überhaupt bis in die neueste Zeit ein Stiefkind der Literatur gewesen ist, nämlich der rein äussere Umstand, dass der Titel de castrensi peculio sowohl in den Justinianischen Digesten als auch im Codex zu den allerletzten gehört, und deshalb bei der früher üblichen Methode, nach der Legalordnung das römische Recht zu erörtern, mit am schlechtesten fortgekommen, einmal aber vernachlässigt, leicht übersehen worden ist, ist sicher auch an der geringen Beachtung unserer Frage schuld. Ein fernerer Grund für dieselbe ist der, dass einer der Hauptfälle, bei denen es

[1]) Fitting a. a. O. S. 1.

zweifelhaft sein kann, ob der Satz: Nemo pro parte etc. anzuwenden ist, erst in der letzten Zeit des römischen Rechts, nämlich mit der gesetzlichen (Intestat-) Vererbbarkeit der bona adventitia sich gebildet und so in den Quellen nicht die Beachtung gefunden hat, wie ältere Fragen. So finden wir denn, dass unsere Frage erschöpfend überhaupt nicht behandelt worden ist, sondern nur einzelne Punkte derselben und zwar meist obenhin und gelegentlich, namentlich bei Erörterungen des Satzes: Nemo pro parte etc., berührt worden sind. Um die Bedeutung unserer Frage zu erkennen, ist es vorerst nöthig, uns mit den Hauptfactoren, mit denen wir zu rechnen haben werden, auseinanderzusetzen. Wir müssen uns zuerst über den Sinn des Satzes: Nemo pro parte etc., ferner über die Begriffe peculium castrense und quasi castrense klar zu werden versuchen.

§ 2.

b. Bedeutung der Regel: Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.

Das römische Recht kennt nur zwei Gründe der Delation; nur auf zweifache Weise kann Jemandem die Erbschaft eines defunctus angetragen werden, durch Gesetz oder durch freie Willensbestimmung des Erblassers, durch Testament.

Im § 6 Inst. per quas personas nobis adquiritur (II, 9) heisst es:

> Quarum (hereditatum) duplex condicio est: nam vel ex testamento vel ab intestato ad vos pertinent.

An sich nun wäre es wohl möglich, da das römische Recht auch **mehrere** Erben, wenn auch einen jeden in universum ius quod defunctus habuit, beruft, dass es dem einen aus dem Testament, dem andern aus dem Gesetz die Erbschaft anbietet. Dieses ist nun aber regelmässig ausgeschlossen. Es ist ein Fundamentalsatz des römischen Rechts,

dass der Nachlass eines defunctus nicht auf verschiedenem Wege, theils auf dem der gesetzlichen, theils auf dem der testamentarischen Erbfolge an verschiedene Personen gelange

Schon Cicero de invent. 2,21 sagt:

> Unius pecuniae plures, dissimilibus de causis, heredes esse non possunt nec umquam factum est, ut ejusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset.

und die lex 7 D. de div. regulis juris (L,17) lautet:

> Jus nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato de cessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est, „testatus“ et „intestatus“.

Ferner heisst es im § 5 Inst. de hered. inst. (II,14):

> Neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cuius sola voluntas in testando spectatur.

Nun könnte es wiederum zweifelhaft sein, ob, wenn testamentarisch in unmittelbarer Weise nur ein Theil der hereditas vergeben ist, der testamentarische Erbe Alles bekommen oder ob Intestaterbfolge eintreten solle. Aber auch hierin giebt das römische Recht ganz klare Bestimmungen. Wie das Testament überhaupt, seiner Natur nach, als der freien Willensbestimmung des Erblassers entspringend, die Intestaterbfolge, die nur ius dispositivum ist, ausschliesst, so tritt im besonderen Fall — wenn eben nur für einen Theil der Erbschaft testamentarische Bestimmungen da sind — die Intestaterbfolge zurück, so lange überhaupt aus dem Testamente geerbt werden kann.

Lex 39 D. de acquir. her. 29,2 sagt:

> Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur.

Zunächst äussert unser Satz Nemo pro parte etc. seine Wirkung in dem Falle, dass der Testator durch seine Bestimmungen den Nachlass nicht erschöpft hat. Der auch nur zu einer Quote Eingesetzte schliesst die Intestaterben aus. Dieser Zustand, dass das Testament nur über einen Theil der Erbschaft Verfügungen des Erblassers aufzuweisen hat, kann

auch dadurch hervorgebracht werden, dass ein testamentarischer Erbe wegfällt, sei es indem er die Erbschaft ausschlägt, sei es vor Antritt derselben stirbt; auch dann treten die Wirkungen des Satzes: Nemo pro parte etc. ein. Der Theil des weggefallenen Erben fällt nicht den Intestaterben zu, er accrescirt den übrigen testamentarischen Erben, oder, wie man jetzt besser sagt, -- da sie ja, ein Jeder in universum ius, quod defunctus habuit, succediren und nur durch einander wechselseitig beschränkt werden —, er decrescirt ihnen nicht.

Ob die Sätze, dass Niemand aus mehreren nach einander gemachten Testamenten, und dass derselbe Erblasser nicht zu verschiedenen Zeiten ex testamento und ab intestato beerbt werden könne, d. h. dass ein dies certus a quo und ad quem und eine Resolutivbedingung für nicht zugefügt gelten, aus unserem Satze: Nemo pro parte etc. folgen, ist bestritten. Da dieselben kaum geeignet sind bei unserer Frage Verwickelungen hervorzurufen, mag füglich vom Versuche einer Entscheidung abgesehen werden.

Was den innern Grund, die Ratio, des Satzes: Nemo pro parte etc anbetrifft, so ist man bis jetzt, so viele Ansichten auch aufgestellt worden sind, zu keinem sicheren Resultate gelangt. Man kann wohl sagen, dass jeder Romanist, der über die Frage geschrieben hat, seinen eignen Grund für den in Rede stehenden Satz gefunden zu haben glaubt. Man ist jetzt darüber einig, dass die Ansicht, wonach der Satz Nemo pro parte etc. durch eine stricte Auslegung der XII Tafeln, welche sagten, wenn der Erblasser intestatus moritur, so komme es zur Intestaterbfolge[1]), entstanden sei, nicht aufrecht zu erhalten ist.

Man hat ferner versucht, den Grund der Regel in dem Verhältniss der gesetzlichen Erbfolge zur testamentarischen zu finden.

---

[1]) Daraus habe man gefolgert, wer nur über einen Theil testire, sterbe nicht intestatus, also käme es nicht zur Intestaterbfolge. Wächter a. a. O. S. 687. 688.

Dieses Verhältnis lässt sich formell in dreifacher Weise denken; indem entweder die testamentarische Erbfolge als Ausnahme von der Regel der gesetzlichen Erbfolge oder die Intestaterbfolge als Ersatz der im einzelnen Fall nicht Platz greifenden testamentarischen Erbfolge erscheint, oder endlich Testament und Gesetz als coordinirte Erbgründe nebeneinander stehen[1]). Aus jedem dieser drei möglichen Verhältnisse hat man schon die Unverträglichkeit der Intestaterbfolge mit der testamentarischen abzuleiten versucht, aber, wie gesagt, ohne Erfolg. Vor nahezu fünfzig Jahren äusserte sich Huschke[2]) dahin, dass es noch nicht gelungen sei, den Fundamentalsatz des römischen Rechts, die Regel: Nemo pro parte etc. seinem Sinne und Ursprunge nach vollständig zu erklären, und in den im Jahre 1881 erschienenen zweiten Bande der Pandecten Wächters[3]) ist dasselbe gesagt. Neuerdings hat Hölder[4]) versucht aus der Unmöglichkeit partieller Beerbung, welche wiederum aus der Haftung der Erben für die Schulden des Verstorbenen folge, und aus der Ungewissheit des wirklichen Eintritts der gesetzlichen Erbfolge den Grund unseres Satzes herzuleiten.

Jedoch auch dieser Versuch kann nicht befriedigen. Denn so unzweifelhaft die Unmöglichkeit partieller Beerbung im römischen Rechte ist, ebenso weit hergeholt ist es aus der Unsicherheit des wirklichen Eintritts der gesetzlichen Erbfolge etwa für die Ratio unserer Regel schliessen zu wollen.[5])

§ 3.

c. Das castrense und quasi castrense peculium.

Der Anschauung des römischen Rechts entsprach es von Alters her das Vermögen nicht an das Individuum als

[1]) Hölder Beiträge S. 154.

[2]) Huschke a. a. O. S. 257.

[3]) Wächter a. a. O. II. S. 687. 688.

[4]) Hölder Beiträge S. 162.

[5]) Was die einzelnen Ansichten anbetrifft, so wird verwiesen auf die Zusammenstellung bei Hölder Beiträge S. 152 ff.

solches, sondern an die Familie und, als deren Repräsentanten, den Hausvater, zu knüpfen. Wie dieser über seine Kinder und Gattin, die ja nur als die Tochter ihres Mannes und die Schwester ihrer Kinder galt, das ius vitae ac necis hatte, wie die patria potestas die Minderjährigkeit überdauerte und regelmässig erst mit dem Tode des Hausvaters die in seiner Gewalt Befindlichen selbständige Personen wurden, so war es selbstverständlich, dass ein Hauskind, was es erwarb, demjenigen erwarb, in dessen Gewalt es stand, dass es selbst mit einem Vermögen nicht zu denken war. Das sogenannte peculium profecticium ist dieser Anschauung ganz consequent, ein Bruch in dieselbe wurde erst geschaffen durch das Entstehen des castrense peculium. Julius Cäsar[1]) gab den Soldaten, sowohl um sie zu begünstigen, als auch, weil Kenntnisse des gemeinen[2]) Rechts ihnen bei der damaligen Heeresverfassung nicht zuzutrauen waren, das Privilegium, in ihren letztwilligen Verfügungen von den gemeinen Rechtsregeln entbunden zu sein. Diese Bestimmung, die nur eine temporäre war und erst wieder durch Titus aufgenommen und jetzt ständig wurde, konnte an sich natürlich nur den gewaltfreien Soldaten zu Gute kommen. Die gewaltunterworfenen hatten ja kein Vermögen, und von einer Testirfreiheit konnte bei ihnen keine Rede sein; denn soweit gingen nie die Soldatenprivilegien, dass den Inhabern derselben gestattet worden wäre über fremdes Eigenthum unter Lebenden oder von Todes wegen zu verfügen.

Die lex 28 D. de test. mil. (29, 1) sagt deutlich: der Soldat könne natürlich nicht alienum ius minuere, und in lex 40 D. de administratione et periculo tutorum (26, 7) heisst es:

nam privilegium militum ad alienam iniuriam porrigi

---

[1]) Fitting a. a. O. S. 7 ff.

[2]) Ich verstehe hier und im Folgenden unter „gemeinem Recht“ (jus commune) den Gegensatz von „anomalem Recht“ (jus singulare), im speciellen Falle vom jus militare.

non oportet, nec in aliis circa supremam voluntatem imperitiae venia datur, quam in bonis militum, ...

Es bedurfte also einer andern gesetzlichen Bestimmung, die dem Haussohne gestattete über einen Theil des seinem Gewalthaber gehörigen Vermögens zu verfügen. Diese erfolgte unter Augustus. Er bestimmte, es solle dem filio familias militi, also dem Haussohne, solange er Soldat sei, gestattet sein **de eo peculio quod in castris adquisivit** über seinen Erwerb als Soldat zu testiren, vorläufig allerdings nur nach den gemeinen Rechtsregeln. Denn, wie oben erwähnt wurde, war die Bestimmung Caesars über die Testir-Privilegien der Soldaten eine vorübergehende, erst von Titus wieder aufgenommene. Erst durch diese Wiederaufnahme bekam das Privilegium der filii familias milites eine andere Färbung. Denn sie waren ja nicht nur **filii familias** milites, sondern eben auch **milites,** und nahmen also auch an den allgemeinen Soldatenprivilegien Theil. Doch dieses peculium castrense war bestimmt, ein von diesen allgemeinen Soldatenprivilegien gesondertes Dasein zu führen. Durch Hadrian wurde verordnet, dass das Privilegium der filii familias milites, über ihr peculium castrense zu testiren, nicht mit ihrem Abgange oder ein Jahr nach demselben, wie die sonstigen Soldatenprivilegien, erlöschen sollten: es wurde auch den auf ehrenvolle Weise Entlassenen weiterhin gestattet, über ihr castrense peculium letztwillig zu verfügen, aber natürlich wiederum, wie zur Zeit des Augustus, nach den gemeinen Rechtsregeln; wie ihnen damals die sonstigen Soldatenprivilegien fehlten, weil diese nicht existirten, so jetzt, weil sie nicht mehr Soldaten waren.

Für unsere Frage wird es von der grössten Wichtigkeit sein diese Unterscheidung festzuhalten und das Recht der filii familas, über ihr castrense peculium zu testiren, von den sonstigen Soldatenprivilegien zu trennen. Noch sei bemerkt, dass mit der Zeit den Inhabern eines castrense peculium noch andere Rechte zugeschrieben wurden und dass sie schliesslich in Bezug auf dasselbe ebenso gestellt wurden, wie patres familias.

Ad exemplum castrensis peculii wurde allmählig gewissen Personen ein quasi castrense peculium eingeräumt[1]) und in den Hauptstücken wie jenes behandelt. Was im Besondern zum castrense und quasi castrense peculium gehört, ist bestritten; namentlich hat Fitting[2]) in neuester Zeit die Behauptung aufgestellt, dass die Begriffe des peculium castrense und besonders quasi castrense durch deutsches Gewohnheitsrecht erheblich modificirt worden sind. Gegen diese Meinung verhält sich die communis opinio[3]) abwehrend und nimmt das peculium castrense und quasi castrense des Justinianischen Rechts auch als heutiges Recht an.[4]) Da es bei der Untersuchung unserer Frage auf eine genaue Feststellung dessen, was zum castrense oder quasi castrense peculium gehört, nicht ankommt, sehen wir von der Würdigung der verschiedenen Ansichten ab und folgen der herrschenden Lehre, nach welcher zum castrense peculium gehört: Alles, was der Haussohn, sei es mittelbar oder unmittelbar, als Soldat erwirbt und nach einem Rescript Hadrians die Erbschaft, die dem Soldaten von seiner Ehefrau hinterlassen worden ist,[5]) zum quasi castrense peculium, was Jemand als Staats- oder Hofbeamter, Anwalt, Geistlicher oder durch Geschenke vom Regenten oder der Regentin erwirbt; ferner wird von Manchen[6]) folgender Fall hierhergezählt: wenn der Vater als Fiduciar die dem filius familias zu restituirende Erbschaft schlecht verwaltet; dann soll er, nach einem Rescript Hadrians,[7]) die Erbschaft sogleich herausgeben, diese soll nun ebenfalls in das quasi

---

[1]) Fitting a. a. O. S. 389, § 6 Inst. de mil. test. (2, 11).

[2]) Fitting a. a. O. S. 639 ff.

[3]) Windscheid a. a. O. II. S. 912. Anm. 8. Wächter a. a. O. II. S. 625. Anm. 14. Baron a. a. O. S. 556.

[4]) Windscheid krit. V. J. Schr. XIII. S. 252 ff. Bruns Zeitschr. f. R. Gesch. X. S. 179 ff.

[5]) l. 13, l. 16 pr. D. de castr. pec. (49, 17).

[6]) Vangerow a. a. O. S. 435.

[7]) l. 52 (50) D. ad sct. Trebell. (36, 1).

castrense peculium fallen. Ob das **quasi castrense** peculium in Bezug auf unsere Frage ebenso zu behandeln ist, wie das **castense** peculium, soll in einem besondern Paragraphen (§ 14) gezeigt werden. Im Folgenden wird zunächst **nur vom castrense** peculium die Rede sein.

II. Lässt sich die Regel: Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest auf das Testament eines Haussohnes über sein castrense peculium anwenden?

---

§ 4.

Bedeutung unserer Frage.

Die Frage, ob der Satz: Nemo pro parte etc. bei dem Testament eines Haussohnes über sein castrense peculium Platz greift, lässt sich nach zwei Richtungen hin aufwerfen. Es kann gefragt werden, ob der Satz Anwendung findet

1. wenn ein filius familias über sein castrense peculium **als Ganzes** testirt, und
2. wenn ein Haussohn über **einen Theil** seines castrense peculium testirt, also ob er in Bezug auf das peculium castrense als solches pro parte testatus pro parte intestatus beerbt werden kann.

Die erstere Frage, welche bei Weitem mehr Schwierigkeiten bietet und den Haupttheil dieses Aufsatzes einnehmen wird, soll zuerst behandelt werden.

Der Haussohn kann, in Inconsequenz mit der sonstigen

Rechtsanschauung der Römer, über sein peculium castrense testiren. So lange er kein anderes Vermögen hat, kann unsere Frage nach der Anwendung des Satzes: Nemo pro parte etc. nicht praktisch werden, d. h. bis zu den Zeiten Constantins, wenn er als filius familias starb. Er galt für sein castrense peculium als pater familias, wie lex 2 D. de scto Macedoniano (14, 6) sagt:

. . . . .

. . . . usque ad quantitatem castrensis peculii, cum **filii familias in castrensi peculio vice patrum familiarum fungantur.**

Wenn er nun den Titus ex asse zu seinem Erben instituirt hat, so konnten sich keine Schwierigkeiten ergeben. Der testamentarische Erbe erhielt natürlich auf Grund des Privilegs des Erblassers, die bona castrensia, er succedirte in universum ius quod defunctus habuit.

Wenn nun aber der Haussohn nach der Errichtung des Testaments sui iuris wurde, so ergaben sich bedeutende Schwierigkeiten.

Das Testament als solches wurde durch den Tod des Vaters oder durch Emancipation keineswegs hinfällig. Im § 5 Inst. de mil. test. (2, 11) heisst es:

Denique et si in adrogationem datus fuerit miles, vel **filius familias emancipatus est, testamentum eius** quasi militis ex nova voluntate **valet nec videtur** capitis deminutione **irritum fieri.**

und in lex 6 § 13 Dig. de iniusto irrito facto test. (23, 3):

Filii familias veterani sui iuris morte patris testamentum irritum non fieri constat: nam quantum ad testandum de castrensi peculio pro patre familias habendus est, et ideo **nec emancipatione irritum fieri militis vel veterani testamentum verum est.**

Es entsteht nun die Frage: soll über das peculium castrense die testamentarische Succession, über das sonstige Vermögen die gesetzliche eintreten? Dagegen streitet unser

Satz: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potes. Oder soll der testamentarische Erbe Alles bekommen? oder soll trotz der oben erwähnten Regel, dass der Tod des Vaters oder die Emancipation Nichts schaden, die Testirung über das castrense peculium hier aus besonderen Gründen hinfällig werden?

Auch gegen diese beiden Annahmen lassen sich Bedenken erheben.

Derselbe Zwiespalt kann seit der letzten Periode des römischen Rechts sich dadurch erheben, dass der Haussohn neben seinem castrense peculium bona adventicia besitzt. Ueber diese kann er nicht letztwillig verfügen, sie fallen nach Novelle 118 an die Intestaterben. Soll nun das Testament über das castrense peculium die ganze Erbschaft ergreifen? oder ist der Satz: Nemo pro parte etc. hier nicht anzuwenden? oder ist endlich das Testament hinfällig, so dass der Intestaterbe in das ganze Vermögen des Erblassers succedirt?

Die beiden Fragen, wie es zu halten ist, wenn der Haussohn, der nur ein peculium castrense hat, sui juris wird und als pater familias stirbt, oder wenn er ausserdem bona adventicia hat und über das castrense peculium testirt, müssen gesondert beurtheilt werden. Zunächst mag der bis in die letzte Periode des römischen Rechts nur mögliche Fall, dass durch den Tod des Vaters oder durch Emancipation Verwickelungen entstehen, behandelt werden.[1])

[1]) Durch das peculium profecticium konnten sich natürlich keine Schwierigkeiten ergeben. Dasselbe war ja gar nicht Eigenthum des Sohnes, sondern des Vaters, und gehört nicht zur Erbschaft jenes. Es fiel beim Tode des Sohnes jure peculii an den Vater.

A. Der Haussohn hat über sein ganzes peculium castrense verfügt.

1. Er hat nur ein peculium castrense.

§ 5.

a. Der Haussohn testirt als Soldat und stirbt als Soldat.

Am Wenigsten bietet der Fall Schwierigkeiten, dass der Haussohn als Soldat testirt und als solcher stirbt.[1])

Hier treffen zweifellos zwei Privilegien zusammen, das ihm als filio familias ertheilte, über sein castrense peculium

---

[1]) Durch die lex 17 Cod. de testam. mil. (VI,21) ist bestimmt, dass nicht den Soldaten in omni tempore freistehen solle, ihr Testament quomodo voluerint zu machen, sondern nur den in expeditione occupatis. Dasselbe drückt das pr. und § 3 Inst. de mil. test. (2, 11) aus. Nach der herrschenden und wohl richtigen Meinung (Windscheid a. a. O. III. S. 39, namentlich Mühlenbruch a. a. O. 42. Theil, S. 33 ff.) bedeutet das soviel als im Felde. Nun ist es aber wieder zweifelhaft, ob die Beschränkung sich blos auf die **Form** beziehe oder auch auf den **Inhalt**, oder ob in Bezug auf den letzteren dem Soldaten sein früheres Recht ungeändert geblieben ist. Ich glaube, dass die von Mühlenbruch a. a. O. S. 45 verfochtene Ansicht, es seien sowohl die formellen als inhaltlichen Privilegien gemeint, die richtige sei, namentlich wegen § 6 Inst. de exhered. liberor. (2, 13), wo gesagt ist, dass ein Soldat, welcher in expeditione occupatus testire, seine Kinder silentio präteriren dürfe, also nicht nöthig habe, sie ausdrücklich zu exherdiren. Derselben Ansicht ist Heimbach sen. u. A. (Heimbach in Weiskes Rechtslexikon. 10. Band. Artikel: Testamente). Die Notariatsordnung von 1512 endlich bestimmt (des heyligen Römischen Reichs Ordnungen. Wormbs 1531. S. 83):

> „Aber in Testamenten, so vatter oder muter zwischen jren Kindern inn dem fall, da keyn ander jr Testament zuvor gemacht, abgethon würd. Oder von Rittern, die zu feldt, vnd doch nit am streit weren, do wirt solch anzal der zeugen nach gelassen biss auff zwen. Aber die Ritter, die inn übung des streits seind, mögen jr Testament machen, on alle Solemnitet oder form, vnd wie si

zu testiren und das allen Soldaten, den gewaltfreien wie den gewaltunterworfenen verliehene, nicht an die Regel: Nemo pro parte etc. gebunden zu sein. Bei dem Testamente eines Nichtsoldaten wird zwar auch der Wille des Testators erforscht, aber nur der sich formell und inhaltlich in gesetzlicher Weise bekundende Wille, bei dem des Soldaten kommt es auf die **sola voluntas** an. Aus diesem obersten Satze folgt als eine der vielen Consequenzen die Befreiung des

---

wöllen. Aber die jhenen Ritter, so nit inn solcher übung vnd streit, noch auch zu feldt ligen, sollen jre Testament nach gemeynen rechten machen."

Hier werden also drei Arten „Ritter" (wie man gewaltsam die römischrechtlichen Soldatenprivilegien auf die mittelalterlichen Ritter übertrug, so beim Verfall des Ritterthums wieder auf die modernen Soldaten) unterschieden: diejenigen, die in der Schlacht, die auf dem Feldzug und „nit in solcher übung und streit, noch auch zu feldt ligen." Letztere müssen communi jure testiren. Die zuerst und zweit genannten (beide umfassen die in expeditione occupati jener kaiserlichen Constitution) waren privilegirt. Die ersteren konnten ohne jede Form testiren, die auf dem Feldzug, nicht in der Schlacht befindlichen mit Zuziehung von zwei Zeugen. Fitting (zur Geschichte des Soldatentestaments) weist treffend nach, dass die Notariatsordnung nichts Neues bestimme, sondern nur die Notare über das geltende Recht belehren will, und dass diese Lehren auf die Glossatoren und von ihnen missverstandene Stellen der Justinianischen Rechtsbücher (die lex 15 Cod. de test. mil. 6, 21 und lex 40 D. eod. 29, 1 in Verbindung mit lex 24 D. de test. mil. 29, 1, § 1 Inst. eod. 2, 11 und pr. Inst. eod. 2, 11) sich stützen. Aus diesen Stellen geht aber jedenfalls hervor, dass die Glossatoren nur formelle Privilegien im Sinne hatten, dass also an den inhaltlichen Privilegien des Justinianischen Rechts Nichts geändert ist, so dass der in expeditione, aber nicht in der Schlacht befindliche Soldat nur in Bezug auf die Form schlechter gestellt war, als der in der Schlacht sich befindende, in Bezug auf den Inhalt der Testamente die gleichen Privilegien hatte. Wenn ich im Folgenden nur den Unterschied von miles und paganus mache und nicht wieder den in expeditione occupatum militem von dem sich nicht im Felde befindenden scheide, so thue ich es einmal, um mit der Terminologie der Justianischen Digesten, die das meiste Material zur Entscheidung unserer Frage liefern, im Einklang zu bleiben, dann aber um den hierher gehörigen Schriftstellern (Löhr, Mühlenbruch, Neuner, Fitting a. a. O. a. a. O.) zu folgen. Man wird also nur den Begriff miles im Sinne der lex 17 Cod. de test. mil. (VI, 21) zu verstehen haben.

Soldaten von der Regel: Nemo pro parte etc. Die lex 7 Dig. de div. reg. iuris (50, 17) beschränkt dieselbe ausdrücklich auf Nichtsoldaten; sie lautet:

> Ius nostrum non patitur eundum **in paganis** et testato et intestato decessisse.

Ferner heisst es im § 5 Inst. de heied. instit. (2, 14):

> Neque enim ex parte testatus ex parte intestatus decedere potest, **nisi sit miles, cuius sola voluntas in testando spectatur**.

und positiv spricht diesen Grundsatz die lex 37 D. de test. mil. (29, 1) aus, wenn sie sagt:

> Si duobus a milite liberto scriptis heredibus alter omiserit hereditatem, pro ea parte intestatus videbitur defunctus decessisse, **quia miles et pro parte testari potest.**

Wenn nun dieses Privilegium der Soldaten mit dem der filii familias milites zusammentrifft unter dem Hinzutreten der Thatsache, dass der Haussohn nach der Testamentserrichtung sui juris geworden ist, so ergiebt sich folgendes Resultat:

Mit dem Moment, in dem der filius familias sui iuris wurde, hörte sein peculium castrense als solches auf,[1]) es wird Bestandtheil seines Vermögens. Wie er selbst von seiner Stellung als **Hausvater in Bezug auf sein castrense peculium** sich erhoben hat zum **Hausvater überhaupt**, so hat sein **castrense peculium** das ja aus der Sondernatur seines Subjectes seine Existenzberechtigung herleitet, seine Sonderart verloren und ist in dem **Vermögen** des jetzigen pater familias aufgegangen. Sein Testament als solches ist dadurch, dass er sui iuris wurde, wie oben bemerkt, nicht hinfällig geworden. Gilt dasselbe nun über

---

[1]) Es hört auf peculium castrense zu sein, wenn es auch noch die Fähigkeit behält, sich (bei der Arrogation des jetzt Gewaltfreien) wieder abzusondern und seine frühere Natur anzunehmen.

das castrense peculium oder über das ganze Vermögen? Regel ist es, dass der Testator nicht über das, was er im Moment der Testamentserrichtung hat, als testirt habend gilt, das wäre gegen den Sinn der Universalsuccession, er bestimmt denjenigen, der seine vermögensrechtliche Person fortsetzen soll, der im Moment des Todes an seine Stelle treten soll, er testirt über alles quod habet habiturusque umquam est.[1]) Consequenter Weise müsste man also in unserm Falle sagen, dass der Erbe des peculium castrense, welches sich jetzt erweitert hat zum Vermögen des früheren Haussohnes überhaupt, in Alles succedire. Dagegen streitet nun aber das schon oben erwähnte Princip, dass der Soldat seine Erbschaft seinem Willen gemäss vertheilen kann, dass es bei ihm auf die sola voluntas ankomme und Nichts schade, wenn dadurch andre Rechtsregeln, im speciellen Fall der Satz: Nemo pro parte etc. verletzt werde. Offenbar war es aber von Vornherein nicht der Wille des Erblassers über etwas Andres zu verfügen, als über sein peculium castrense, weil er über etwas Andres nicht verfügen konnte. Was er aber letztwillig vergeben hat, das castrense peculium, hat zwar seine juristische Sonderexistenz aufgegeben, aber factisch existirt es als Theil seines Vermögens. Warum sollte also der Erbe des castrense peculium nicht in dieses, der Intestaterbe in das Uebrige succediren? Zumal da ja der Soldat **ab initio** über einen Theil seines Vermögens verfügen kann, wie aus lex 19 § 2 D. de castr. peculio (49, 17) hervorgeht; hier heisst es:

> . . . ., quia miles ab initio pro parte testatus pro parte intestatus potuerat mori.

d. h. er kann schon bei der Testamentserrichtung einen Theil seines Vermögens letztwillig vergeben und dadurch den Rest an seine Intestaterben gelangen lassen. Unzweifelhaft also auch, wenn das, worüber er verfügt hat, durch den Hinzutritt andrer bona jetzt ein Theil seines Vermögens geworden ist.

---

[1]) Anton Faber l. c. tit. XI pr. VI in. 25.

Dass diese Auffassung mit der der Quellen übereinstimmt, geht aus folgenden Stellen hervor. Zunächst sagt die lex 11 § 2 D. de test. mil. (29, 1):

> Si filius familias ignorans patrem suum decessisse de castrensi peculio in militia testatus sit, non pertinebunt ad heredem eius patris bona, sed sola castrensia.

Also, wenn ein Sohn, in der Meinung, dass er noch filius familias sei, über sein peculium castrense testamentarisch verfügt, während er durch den Tod seines Vaters bereits sui juris ist, so kann doch der testamentarische Erbe nur die bona castrensia verlangen.

Der hier besprochene Fall ist dem unseren nicht ganz gleich. Wir sprachen von einem Haussohn, der über sein castrense peculium testirt und erst später sui iuris wird; hier ist er aber nur seiner Meinung nach Haussohn, in der That aber schon gewaltfrei.

Hindert dieser Umstand unsern Fall als Beweis heranzuziehen?

Gewiss nicht; denn wenn Ulpian das Testament Jemandes, der irrthümlich glaubt Haussohn zu sein, über das, was er für sein castrense peculium hält, in Bezug auf dieses für giltig erachtet und die bona paterna den Intestaterben zuspricht, offenbar, weil der Wille des Testators, auf den (den Willen) es allein ankam, nur auf das peculium castrense gerichtet war, so ist die Ratio dieselbe in unserem Falle. Offenbar hat auch hier der Testator nur über sein castrense peculium verfügen wollen. Erst wenn als sein Wille erwiesen wird, dass der heres scriptus auch sein nicht castrensisches Vermögen bekomme, würde der ganze Nachlass auf dem Wege der testamentarischen Succession jenem zufallen; während, wenn nachgewiesen würde, dass der Testator, nachdem er den Tod seines Vaters erfahren, zwar an eine Testirung über die bona paterna und sein sonstiges Vermögen gedacht habe, aber nicht um den heres scriptus zu beseitigen, sondern um ihn in die bona castrensia, einen Andern in das nicht

castrensische Vermögen succediren zu lassen, sein Wille **möglichst** erfüllt wird und der heres scriptus in die bona castrensa, der Intestaterbe in das übrige Vermögen succedirt, da er ja über die letzteren noch nicht verfügt hat.

Diesen Fall entscheidet die lex 13 Dig. de test. mil. (29,1), wenn sie sagt:

> Idem est, etsi de testamento mutando cogitavit, non quia adimere volebat castrensia bona heredi scripto, sed quia de paternis testari volebat et alium heredem scribere.

Von einem Beweise, dass der Erblasser, als er sui iuris geworden, den heres scriptus auch als Erben der bona paterna und des übrigen Vermögens betrachtet wissen wollte, ist in einem Falle abzusehen. Hat der Testator nahe Angehörige eingesetzt, so ist zu präsumiren, dass er ihnen alles zuwenden wollte.

Lex 3 § 1 Cod. de test. mil. (6,21) lautet:

> Nam cum „pater familias" filiam ex duabus unciis, uxorem ex uncia heredem scripserit, nec de residuis portionibus quicquam significaverit, in tres partes divisisse eum apparet hereditatem, ut duas habeat quae sextantem accepit, tertiam, quae ex uncia est heres instituta.

Es ist hier zwar von einem **pater familias** die Rede, der nur einen Theil seines Nachlasses vergiebt, um so eher müssen wir in unserm Fall so schliessen. Wenn man bei einem Hausvater, der die juristische Möglichkeit hat, seine ganze Erbschaft zu ordnen, präsumirt, er habe den Theilerben Alles zuwenden wollen, um wieviel eher sind wir berechtigt, bei einem Haussohn die Präsumtion anzuwenden, der ja im Moment der Testamentserrichtung nur über sein castrense peculium zu testiren hatte.

Wie tief der Anschauung der Römer die Idee von der Einheit des Nachlasses eingeprägt war, geht daraus hervor, dass sie die den Soldaten gewährte Freiheit von dem Satze Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere

potest, doch nicht bis in die äussersten Consequenzen respectirten.

In lex 17 § 1 D. de test. mil. (29,1) heisst es zwar:

> Julianus ait, siquis alium castrensium rerum, alium ceterarum scipsisset, quasi duorum hominum duas hereditates intellegi, ut etiam in aes alienum, quod in castris contractum esset, solus is teneatur, qui castrensium rerum heres institutus esset, extra castra contracto aere alieno is solus obligetur, qui ceterarum rerum heres scriptus esset, cui scilicet conveniens videtur respondisse ut ex quaque causa debeatur militi, vel huic heredi vel illi ipso jure debeatur.

Aus dieser Entscheidung, die zweifellos[1]) auch Anwendung findet, wenn der Testator nur einen Theil des Nachlasses testamentarisch vergiebt, wie in unserem Falle der filius familias das castrense peculium, geht hervor, dass die einzelnen Massen, in welche die Erben succediren quasi duorum hominum duas hereditates sein und einer Separatliquidation unterliegen. Hätten die Römer aus dieser Idee der „Sondervermögen" die letzten Consequenzen gezogen, so hätte, wenn die eine pars testamenti wegen Insufficienz destitut würde, dies auf die andre keinen Einfluss üben dürfen. So weit ging man jedoch nicht. In der oben citirten Stelle (lex 17 § 1 D. 29,1) heisst es weiter:

> quodsi alterutra pars bonorum aeri alieno, quod ex ea causa pendebit, non sufficiat et propter hoc is qui ex ea parte heres institutus est, non adierit, alterum, qui adiisset, compellendum esse aut defendere totam hereditatem aut totam creditoribus solvere.[2])

Diese ganze Entscheidung auf unseren Fall angewandt, müssen wir also sagen: Hat der Erblasser Jemanden zum Erben des castrense peculium instituirt und ist, nachdem er

---

[1]) Mühlenbruch a. a. O. Theil 42 S. 85.

[2]) Es ist interessant zu beobachten, wie schon das langobardische Lehnrecht sich nicht gescheut hat, eine Succession in verschiedene Ver-

sui iuris geworden, gestorben, so wird principaliter das castrense peculium dem heres scriptus deferirt, das übrige Vermögen dem Intestaterben. Fällt nun aber der Intestaterbe weg, so muss sich der heres scriptus gefallen lassen, dass er entweder die ganze Erbschaft auf sich nehme, oder überhaupt verzichte. Natürlich ist dasselbe, wenn der testamentarische Erbe wegfällt, für den Intestaterben der Fall. Durch dieses Wahlrecht, das den betreffenden Erben zusteht, unterscheidet sich diese Accrescenz von der gewöhnlichen, bei der dem Miterben, welcher seinen Erbttheil angenommen hat, auch die andere Partie von selbst anfällt.

Das Hauptresultat, zu dem wir gelangt sind, dass der Satz Nemo pro parte etc. auf das Testament eines filius familias miles über das castrense peculium keine Anwendung findet, ist, wie wir sehen, durch so deutliche Quellenzeugnisse einerseits, durch das Princip von der Freiheit der Soldaten von dem Satzes Nemo pro parte etc. anderseits erwiesen, dass ein Zweifel unter den Schriftstellern sich nicht erhoben hat. Es mögen die Aussprüche einiger derselben citirt werden.

Löhr[1]) sagt:

„Hiernach ist es klar, dass, wenn ein filius familias, der über sein peculium castrense testirt hat, als pater familias stirbt, die Testamentserben nur allein das

---

mögensmassen ohne Einfluss auf einander bis in die äussersten Consequenzen durchzuführen.

In II. feud. 45 heisst es:

Si contigerit vasallum sine omni prole decedere, agnatus, ad quem universa hereditas pertinet, repudiata hereditate feudum, si paternum fuit, retinere poterit, nec de debito hereditano aliquid feudi nomine solvere cogitur, ...

Nur wenn der Sohn Erbe ist, gestalten sich die Verhältnisse ähnlich wie oben. In der citirten Stelle heisst es weiter: Ubi vero filium reliquit, ipse **non potest hereditatem sine beneficio repudiare,** sed aut utrumque retineat, aut utrumque repudiet. Ueber diese Stelle vgl. Gerber a. a. O. S. 731 Nr. 4.

[1]) Löhr a. a. O. S. 266.

castrense peculium bekommen, wenn er als Soldat gestorben ist.“

Mühlenbruch[1]) spricht sich folgendermassen aus:

„Kann nun der Erbe nicht mehr erhalten, als was ihm wirklich zugewandt wurde, so folgt auch von selbst, dass, wenn ein filius familias über sein castrense peculium testirt und hiernächst Erbe seines Vaters wird, der von ihm ernannte Erbe auch nur das peculium erhält, das väterliche Vermögen aber an seine Intestaterben kommt.[2])

§ 6.

b. Der Haussohn testirt als Soldat und stirbt als paganus.

§ 3. Inst. de mil. test. (2,11) sagt, nachdem oben von den Soldatenprivilegien die Rede gewesen ist:

Sed hactenus hoc illis a principalibus constitutionibus conceditur, quatenus in castris degunt: post missionem vero veterani vel extra castra si faciant adhuc milites testamentum, communi omnium civium Romanorum jure facere debent et **quod in castris fecerint testamentum non communi iure, sed quomodo voluerint, post missionem intra annum valebit.**

Daraus geht hervor, dass die Testamentsprivilegien der Soldaten nur während ihrer Dienstzeit wirken resp. ein Jahr nach der ehrenvollen Entlassung, und zwar derart, dass der Tod des Testators innerhalb jenes Zeitraums fallen muss. Das Privilegium der filii familias, über ihr castrense peculium zu testiren, ist nnn allerdings nicht an die Fortdauer ihres Soldatenstandes geknüpft, wie oben bemerkt wurde; durch die im pr. Inst. quibus non est permissum (II,12) mitgetheilte Verfügung Hadrians ist auch den di-

[1]) Mühlenbruch a. a. O. Th. 42 S. 83.

[2]) Vgl. ferner Fitting a. a. O. S. 210. ff. Neuner a. a. O. S. 517.

missis militia, id est veteranis, die Erlaubniss ertheilt worden, über ihr castrense peculium zu testiren, also um so weniger darf man ihr während der Dienstzeit gemachtes Testament über das castrense peculium nach ihrer Dienstentlassung erlöschen lassen. Mit diesem Privilegium ist ihnen aber, wie ebenfalls oben bemerkt wurde, nicht zugleich das Privilegium gegeben, jure militari zu testiren. Dazu müssen sie eben zugleich milites sein; ihr nicht communi jure während ihrer Soldatenzeit gemachtes Testament verliert seine Giltigkeit ein Jahr nach der Dienstentlassung; nur das communi iure errichtete bleibt bestehen. Nun ist es die Frage, ob die Befreiung von der Regel Nemo pro parte etc. ein reines Militärprivileg ist, in diesem Falle würde es, wie jene alle erlöschen, oder ob es ein dem castrense peculium anhaftendes sachliches Privileg ist, und dann würde es selbstverständlich weiter wirken: die Regel Nemo pro parte etc. würde beim Testament eines filius familias miles, der später als ein Jahr nach der Dienstentlassung gestorben ist, ebenfalls keine Anwendung finden. Dass die Befreiung von dem Satze ein dem castrense peculium anhaftendes Privileg ist, scheint Accursius anzunehmen, indem er in der Glossa ad legem ius nostrum (7) D. de div. reg. iuris (50,17) „in paganis" durch „in domo et in pago quaesitus, non in militia" erklärt, und Jacobus Gothofredus ergänzt, „in paganis" durch „rebus" in seinem Commentare zu derselben Stelle. Diese Interpretation ist nicht richtig. Mit Recht wird von Mühlenbruch[1]) und den von ihm citirten Schriftstellern (Marckart l. l. p. 329 sq. u. Joh. Lud. Conradi (opusc. Vol. II. p. 209 sq.) dagegen bemerkt „eundem in paganis" bedeute grammatisch soviel als „eundem inter paganos" oder „eundem hominem paganum". Also nur Nichtsoldaten dürfen nicht pro parte testatus pro parte intestatus beerbt werden, Soldaten wohl, ganz gleich, worüber sie testiren, ob als Haussöhne über ihr castrense peculium oder als patres familias über irgend welche Güter, bona castrensia

[1]) Mühlenbruch a. a. O. Th. 40 S. 151.

oder sonstiges Vermögen. Das beweisen zahlreiche Stellen, namentlich aber lex 13 § 1 D. de test. mil. (29,1), wo es heisst:

> Sed si iam veteranus decessit, universa bona etiam paterna ad heredem pertinere castrensium Marcellus libro decimo digestorum scribit neque enim iam potuit de parte bonorum testari.

Also jene Befreiung hat mit dem castrense peculium nichts zu thun, es ist ein rein persönliches Privilegium der Soldaten: aus ihm lässt sich also eine Nichtanwendung der Regel pro parte auf unseren Fall nicht herleiten. Dass sie aber sich auch aus andern Gründen nicht folgern lässt, geht eben aus der oben citirten Stelle hervor, die uns die Auffassung der Quellen bezeichnet. Gegenüber diesem klaren Quellenzeugniss konnte man also nicht wagen, mit Bedenken hervorzutreten, wie man sie bei dem weiter unten[1]) zu besprechenden Fall, bezüglich dessen die Quellen nicht so ganz klar sprechen, hervorrief, und die ebenso gut und ebenso schlecht gegen unsere Enscheidung hätten vorgebracht werden können. Die Entgegnung jedoch wird für die Vertheidigung des direct angegriffenen Punktes vorbehalten. Hier sei nur noch **einer** Controverse gedacht. Es ist nämlich streitig geworden, ob das Privilegium der Soldaten von der Regel: Nemo pro parte etc. befreit zu sein, in der That noch ein Jahr nach der Entlassung gelte[2]) oder schon mit der Entlassung aufhöre. Dieses letztere meint Fitting[3]) und stützt sich auf die bestimmte Fassung der eben citirten lex 13 § 1 D. de test. mil. (29,1). **sed si iam veteranus decessit,** reliqu.

Bei grammatischer Interpretation dieser Worte müsste man Fitting allerdings Recht geben: die Worte dieses Paragraphen lauten dahin, dass wenn der Testator als veteranus stirbt, alle bona an den heres castrensium gelangen.

---

[1]) Im § 7.

[2]) D. h. ob ein privilegirtes Soldatentestament noch ein Jahr nach der Entlassung Bestand habe.

[3]) Fitting a. a. O. S. 212.

Auf dem Wege der logischen Interpretation aber müssen wir jene Worte anders fassen. Schon die glossa Veteranus ad legem 13 § 1 Dig. cit. macht zu den Worten veteranus die Bemerkung „veteranus post annum missionis, secus si ante, ut Inst. eod. § sed hactenus."

Dieser, der oben schon citirte § 3 Inst. de mil. test. (2,11) giebt die allgemeine Regel, dass die Privilegien der Soldaten noch ein Jahr nach der demissio Geltung haben sollen. Man müsste also, um der Fittingschen Meinung zu sein, annehmen, durch lex 13 § 1 Dig. citata sei eine Ausnahme von jener Regel statuirt worden. Zu diesem Schluss ist man m. E. nicht berechtigt. Man muss vielmehr, wenn man den Sinn des Gesetzes erklären will, annehmen, der Jurist habe sich in lex 13 § 1 D. citata — und zwar sehr entschuldbarer Weise — nicht so ganz exact ausgedrückt. Er sprach eben vom Testament eines Haussohnes, der als miles stirbt und stellt im Gegensatz dazu den Fall auf, dass er als veteranus stirbt. Es ist wahrlich dabei zu entschuldigen, dass er die Uebergangsperiode, dieses eine Jahr nach der demissio, nicht erwähnt. Ja man könnte sogar sagen: in Hinsicht auf das Erlöschen der Testamentsprivilegien ist der entlassene Soldat innerhalb eines Jahres nach der Entlassung noch gar nicht veteranus, sondern noch miles. Nur in diesem Sinne hat der Jurist das Wort veteranus gebraucht.

§ 7.

c. Der Haussohn testirt als paganus und stirbt als paganus.

Nicht mit so unmittelbar Aufschluss gebenden Quellenstellen kann die Antwort belegt werden auf die Frage, ob der Satz: Nemo pro parte etc. beim Testament eines filius familias paganus über sein peculium castrense Platz greift; principaliter könnte man an drei Möglichkeiten denken. Man könnte sagen:

1. Der Satz greift nicht Platz,
2. Er greift Platz und zwar:
   a. Die Erbeseinsetzung ist vitios, und der Intestaterbe succedirt in das ganze Vermögen, oder
   b. der testamentarische Erbe bekommt Alles.

Die letzte Ansicht ist von den Schriftstellern, die diese Frage berühren, angenommen worden, von den älteren unter ihnen jedoch mit Begründungen, die zwar nicht zu billigen, aber doch zu erwähnen sird, weil sie uns auf Bedenken gegen die recipirte Ansicht aufmerksam machen, die auf den ersten Blick probabel zu sein scheinen und wohl einer Widerlegung werth sind. Die Art freilich, wie diese Bedenken von jenen Schriftstellern zurückgewiesen werden, ist m. E. eine nicht richtige.

Soweit ich bemerke, sind diese Bedenken von neueren Schriftstellern nicht berücksichtigt worden.[1])

Cephalus[2]) schreibt folgendermassen:

„Es ist unbestritten, dass ein Haussohn regelmässig nicht testiren darf, und dass sein Testament nicht giltig wird, wenn er als pater familias stirbt. Denn die testamenti factio activa muss im Augenblick der Testamentserrichtung da sein:

quod ab initio non valet, tractu temporis non convalescit.

Ausnahmsweise darf der Haussohn über sein peculium castrense testiren. Wenn man nun dem Satz: Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest gemäss entscheiden und dem heres scriptus des peculium castrense auch die bona paterna zusprechen wollte, würde ja in der That der Haussohn über etwas andres als die bona castrensia, nämlich über die bona paterna, auf die er ja bei Lebzeiten des Vaters durchaus kein Recht hatte, testirt haben.

---

[1]) Mit Ausnahme vielleicht von Löhr, der die Entscheidung der Quellen für bedenklich zu halten scheint. Vgl. S. 26. 27 ff. dieser Arbeit.

[2]) Cephalus l. c. lib. III. cons. 40 b.

Ferner fährt Cephalus fort:

> Cum testator exiguum haberet peculium quasi[1]) castrense, respective ad multa bona paterna et materna, illud modicum quasi castrense peculium potius videretur cessisse maiori bonorum quantitati, ut testator in totum videretur decessisse intestatus, quam ex converso pusillum illud quasi castrense tot bona paterna et materna ad se traxerit.

Also wenn gar das castrense peculium sehr klein sei, die bona paterna aber sehr bedeutend, dann würde es doch billiger sein, wenn das geringfügige castrense peculium dem grossen väterlichen Erbe folge, als umgekehrt.

Und es sei auch nicht unerhört, dass die causa intestati manchmal die causa testati an sich zieht. Ein analoger Fall sei der: Wenn der Testator den A zum heres in fundo einsetze mit dem ausdrücklichen Verbote, er dürfe nicht mehr erhalten, dann trete Intestaterbfolge ein[2]) ob perplexitatem et repugnantiam ne decedat pro parte testatus et pro parte intestatus. Wie hier der Testator es sei, der verbiete, dass der Erbe mehr bekomme, als worauf er eingesetzt sei, sei es in unserem Falle das Gesetz,

> „nam quemadmodum testator ibi pro parte vult se esse testatum et pro parte, etiam maiori, intestatum, ita hic lex vult filium familias posse testari de quasi castrensi peculio, de reliquis vero non."

Wegen dieses Zwiespaltes nun sei die institutio de bonis quasi castrensibus vitiata: es müsse Intestaterbfolge eintreten.

Trotz dieser, nach seiner Meinung, überzeugenden Gründe kommt Cephalus zu der andern Meinung, dass der heres scriptus des peculium castrense Alles bekomme. Er stützt sich dabei auf die Regel: Quod principaliter est pro-

---

[1]) Vgl. § 14 dieses Aufsatzes.

[2]) Auch das ist bestritten. A. M. z. B. Köppen a. a. O. S. 276, Vangerow a. a. O. II. S. 9.

hibitum, admittitur in necessariam consequentiam ad permissum, also was ursprünglich verboten ist, kann in Verbindung mit etwas Erlaubtem ebenfalls erlaubt werden.

Diese Regel abstrahirt er u. a. aus dem Fall der lex 30 Cod. de pactis (II, 3), in der gesagt wird, dass ein Vertrag über die hereditas viventis ungiltig, weil unsittlich, sei, jedoch giltig werde, sobald derjenige, über dessen Erbschaft pactirt werde, seine Zustimmung gebe. Also auch hier werde etwas an und für sich Unerlaubtes in Verbindung mit etwas Erlaubtem selbst erlaubt. Wenn man nun diese Regel quod principaliter est prohibitum admittitur in necessariam consequentiam ad permissum auf unsern Fall anwendet, so müsse man sagen: Eine Testirung über die bona paterna sei ungiltig, über das castense peculium aber giltig: bona paterna igitur ad peculium (quasi) castrense debent accedere."

Dieser Ansicht schliesst sich vollständig an Brunnemann.[1])

Dass man a priori annehmen müsse, das Testament sei ungiltig, weil nicht für das nichtcastrensische Vermögen gemeint, nimmt von den Neueren auch Löhr[2]) an, unter Berufung auf die lex 19 Dig. qui test. fac. poss. (28, 1), wo es heisst:

> Si filius familias aut pupillus aut servus tabulas testamenti fecerit signaverit, secundum eas bonorum possessio dari non potest, licet filius familias sui iuris aut pupilius pubes aut servus liber factus decesserit, quia nullae sunt tabulae testamenti, quas is fecit, qui testamenti faciendi facultatem non habuerit.

und auf die lex 210 D. de div. reg. iuris (50, 17), welche lautet:

---

[1]) Brunnemann l. c. ad L. de hereditate 19 § 2 Dig. de castr. pec. (49, 17) nr. 1 u. 2.

[2]) Löhr a. a. O. S. 266.

Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex post facto convalescere non potest.

Wenn Löhr unter Berufung auf eine bestimmte Quellenstelle[1]) schliesslich doch anerkennt, die Erbeseinsetzung sei giltig und der heres scriptus des peculium castrense bekomme auch das übrige Vermögen, so scheint er nicht befriedigt zu sein und die Entscheidung der Quellen für inconsequent zu halten. Das Resultat, zu dem die genannten Schriftsteller gelangen, dass der Satz: Nemo pro parte etc. hier anzuwenden ist und zwar derart, dass der heres scriptus des peculium castrense in omnia bona[2]) succedire, ist m. E. richtig, nicht so die Begründungen, weder die des Cephalus und Brunnemann, die ohne auf Quellenstellen einzugehen, die Schwierigkeiten durch jenen Satz:

quod principaliter est prohibitum, admittitur in necessariam consequentiam ad permissum.

lösen wollen, noch die Löhrs, der sich über die Schwierigkeiten durch eine positive gesetzliche Bestimmung hinweghilft.

Es sprechen vielmehr sowohl innere Gründe als Gesetzesbestimmungen dafür, dass jene Regel: Nemo pro parte etc. in unserm Falle Platz greift, und dass der heres scriptus des peculium castrense die ganze Erbschaft erhält, ohne dass irgend welche andere Principien verletzt sind.

Zunächst ist zu bemerken, dass es positive Bestimmungen, die den Satz: Nemo pro parte etc. für unsern Fall ausschliessen, nicht giebt. Es ist oben darauf hingewiesen, dass die Befreiung von jener Regel ein rein persönliches Privileg der Soldaten und nicht etwa mit dem castrense peculium als solchem verknüpft sei. Und wie wir sehen werden, lässt sich die Regel: Nemo pro parte in Consequenz

---

[1]) Die lex 19 § 2 D. de castr. pec. (49, 17), über die wir weiter unten sprechen werden.

[2]) Und damit in unversum ius.

mit der ganzen Anschauungsweise der Römer für unsern Fall durchführen.

Freilich, wenn die institutio in der That eine vitiosa ist, wie angenommen wurde, dann würde uns weder jene Regel des Cephalus noch die Gesetzesstelle befriedigen. Mit letzterer müssten wir uns wohl bescheiden, aber ebenso wie Löhr, indem wir an der Harmonie der Bestimmung mit andern zweifelten.

Die Regel des Cephalus aber: quod principaliter prohibitum est, admittitur in necessariam consequentiam ad permissum würde uns nicht einmal äusserlich zufriedenstellen. Denn sie ist eben keine Regel.

Schon der eine von uns erwähnte Fall, aus dem Cephalus diese Regel abstrahirt, zeigt die innere Unhaltbarkeit derselben: Ein pactum de hereditate viventis ist, weil unsittlich, ungiltig, wenn aber derjenige, über dessen zukünftige Erbschaft das pactum geschlossen wird, einwilligt, dann ist es giltig.

Es ist nun doch recht oberflächlich geurtheilt, wenn man sagt: das pactum de heridate viventis ist principaliter prohibitum, das pactum aber mit dem zukünftigen Erblasser, als ein pactum permissum mache jenes giltig!

So äusserlich ist der Zusammenhang zwischen jenen pactis nicht. Das zweite pactum macht das erste nicht giltig, weil es selbst permissum ist, sondern weil es die Ursachen hinwegräumt, die jenes als ein prohibitum darstellen, weil es die Unsittlichkeit eines solchen Pactums beseitigt. Ganz anders liegt unser Fall. Wenn einmal die institutio als eine institutio über die bona paterna anzusehen und also vitios ist, dann beseitigt der Umstand, dass der Testator über sein castrense peculium testiren durfte, sicher nicht jene Vitiosität. Dann müsste man allerdings sagen: Die in der institutio des Erben auf das peculium castrense implicite liegende Institution auf die bona paterna ist vitios; da nun aber wegen der Regel: Nemo pro parte etc. eine testamentarische Succession in das castrense peculium, eine In-

testatsuccession in die bona paterna unmöglich ist, muss der Intestaterbe alles bekommen.

Ist denn nun aber die institutio eine vitiosa?

Auf den ersten Blick möchte man Cephalus, Brunnemann und Löhr Recht geben. Der Haussohn darf über Nichts als das castrense peculium testiren. Indem er nun aber über das castrense peculium testirt, hat er ja doch wohl, da nach jenem Satz: Nemo pro parte etc. der heres scriptus Alles bekommt, zugleich über die bona paterna testirt! Die **Wirkung** ist allerdings dieselbe, aber auf diese kommt es nicht an; der **juristische Vorgang** ist ein ganz anderer.

Wenn der **pater familias** A den B zu seinem Erben einsetzt und, nachdem er den C beerbt hat, stirbt, so wird zweifellos auch das Vermögen des C, das nun im Vermögen des A aufgegangen ist, denn B mit deferirt, als ein integrirender Theil der A'schen Erbschaft.

Trotzdem wird man doch nicht sagen können, weil in Folge der Testirung des A das Vermögen des C an den B gekommen ist, A habe über das Vermögen des C testirt!

Ein Recht dazu hätte er gewiss ebenso wenig als der Haussohn über die bona paterna patre vivente zu testiren.

In der That ist der Vorgang ein ganz anderer. Indem der Haussohn über sein castrense peculium testirt, sagt er nicht: Die und die bona soll mein Freund Titius erhalten; das wäre gegen die ganze Idee der Universalsuccession; er beruft den Titius als seinen **Erben**. Allerdings hat er gegenwärtig nur das castrense peculium und, wenn er als filius familias stirbt, ist dieses „universum ius quod defunctus habuit". Aber wie mit dem Tode des Vaters er aufgehört hat filius familias zu sein, so hat das castrense peculium aufgehört seine Sonderexistenz fortzusetzen, es geht auf in dem Vermögen des jetzigen pater familias. Nun setzt man aber einen Erben nicht in das ein, was man zur Zeit der Testamentserrichtung hat, sondern zur Zeit des Todes, man

testirt[1]) de bonis suis omnibus quae habet habiturusque unquam est. Zu diesen gehören aber auch die bona paterna.

Ganz richtig sagt Neuner:[2]) „es ist nun nicht ersichtlich, dass der Sohn den Eingesetzten nur auf das peculium castrense beschränken wollte, sondern er hat über alles testirt, über was er nach Lage der Sache testiren konnte, man darf daher annehmen, der Testator habe sich einen Universalerben ernennen wollen. . . .“

Durch einen thatsächlichen Vorgang also, nicht durch die Verfügung des filius familias sind die bona paterna ein integrirender Theil der Erbschaft geworden und fallen also den Erben des peculium castrense zu. Dass die römischen Juristen ebenfalls die Anschauung hatten, dass mit dem Moment, wo der filius familias sui iuris wird, das peculium castrense seine juristische Sonderexistenz aufgebe und nur noch ein factischer Theil des Vermögens des nun pater familias Gewordenen ist, dass es sich als juristischer Begriff erweitert hat zum Vermögen überhaupt, geht schon aus einer äusserlich ganz unscheinbaren Ausdrucksweise derselben hervor. Wenn sie den Fall entscheiden, wie es zu halten ist, wenn ein filius familias miles über sein castrense peculium testirt und dann als miles pater familias stirbt, dann sagen sie: Hier greift die Regel Nemo pro parte etc. nicht Platz: die bona paterna bekommen die Intestaterben, die **bona**[3]) castrensia der heres scriptus. Sie brauchen nicht den terminus technicus **peculium** castrense, offenbar weil sie dasselbe als juristischen Begriff nicht mehr ansehen, weil sie der Ansicht sind, die universitas iuris „castrense peculium“ ist in der universitas iuris „Vermögen“ aufgegangen, ihre Bestandtheile aber als bona castrensia sind jetzt Teile des Vermögens.

Auch die andern Gründe, die Cephalus dafür bringt, dass der Intestaterbe Alles erhalten solle, sind nicht stich-

---

[1]) Anton Faber. Jurispr. Pap. tit. XI pr. 71 ill. 25.

[2]) Neuner a. a. O. S. 24 ff.

[3]) Lex 11 § 2 D. de test. mil. (29,1) und lex 13 pr. eod. tit.

haltig. Zunächst ist der Umstand, dass das castrense peculium nur gering, die bona paterna aber bedeutende seien, nicht massgebend. Abgesehen davon, dass man hier an den Satz zu denken hat: Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur,[1]) muss man doch sagen, dass derartige thatsächliche Verhältnisse auf die juristische Construction von gar keinem Einfluss sind. Und auch seine Bemerkung, es sei nicht unerhört, dass die causa testati der causa intestati folge, passt nicht nicht für unseren Fall. Freilich kann unter Umständen die causa intestati die causa testati an sich ziehen, aber unter der Voraussetzung, dass jene vitios ist. Und das ist eben hier nicht der Fall.

Es ist nun noch erforderlich zu zeigen, dass auch die Quellen unsere Frage so entscheiden.

Dazu möge zunächst die lex 19 § 2 Dig. de castr. pec. (49,17) citirt werden. Sie lautet:

> Filius familias paganus de peculio castrensi fecit testamentum et, dum ignorat patri se suum heredem extitisse, decessit. non potest videri pro castrensibus bonis[2]) testatus, pro paternis intestatus decessisse, quamvis id in milite etiamnunc rescriptum est, quia miles ab initio pro parte testatus, pro parte intestatus potuerat mori, quod ius iste non habuerit non magis quam sine observatione legum facere testamentum. necessario ergo castrensis peculii heres scriptus universa bona habebit, perinde acsi pauperrimus facto testamento decessisset ignorans se locupletatum per servos alio loco agentes.

Die Stelle besagt kurz folgendes:

> Ein Haussohn, gewesener Soldat, testirt über sein castrense peculium. Darauf stirbt sein Vater. Ohne dessen Tod erfahren zu haben, stirbt hierauf auch der Testator.

---

[1]) lex 39 D. de acquir her. (29,2.)

[2]) Vgl. S. 30 dieses Aufsatzes.

Auf Grund dieser species facti wird nun entschieden, der Erbe des castrense peculium bekomme auch die bona paterna. Gegen die Beweiskraft dieser Stelle für unsern Fall ist geltend gemacht worden, dass ja hier der Haussohn vom Tode des Vaters nichts gewusst hat, und man[1]) hat versucht aus diesem Nichtwissen eine ganz andere Ratio der Stelle zu folgern.

Mit Unrecht. Ganz richtig sagt Anton Faber[2]):

> Cur vero Tryphoninus loquitur de filio familias, qui decesserit prius quam resciret, patrem suum decessisse? **An quia dicendum aliud esset, si rescivisset?** Minime. Sed quoniam in eo, qui ante mortem suam scivisset patri suo se heredem exstitisse, minorem dubitationem res haberet, minusque mirum esset ad ipsius heredem, quamvis in castrensibus bonis institutum, paterna quoque bona pertinere quasi ex tacita voluntate testatoris, qui dum sciret alia sibi bona obvenisse quam de quibus testatus fuisset, nec tamen fieri posse ut decederet pro parte testatus pro parte intestatus, attamen cum eodem testamento, quod mutare fortassis potuerat, decedere maluisset.

Der Grund also, warum der Jurist den Testator Nichts von dem Tode seines Vaters wissen lässt, ist nicht der, dass die Entscheidung anders ausfallen würde, wenn dieser etwas davon wüsste. Er wollte vielmehr den Sachverhalt ganz rein darstellen, damit man die Entscheidung, die gefällt wird, nicht vielleicht aus andern Gründen herleitet. Und dazu ist allerdings ein vortreffliches Mittel den Testator von dem Tode seines Vaters nichts wissen zu lassen. Ohne dieses Mittel hätte man vielleicht einwenden können: Allerdings bekommt der Erbe des castrense peculium auch die bona paterna. Aber das hat seine besonderen Ursachen. Der Testator hat ja nach dem Tode seines Vaters gewusst,

---

[1]) Cephalus a. a. O.

[2]) Anton Faber. Jurispr. Pap. tit XI pr. 77 ill. 25.

er dürfe nicht pro parte testatus pro parte intestatus beerbt werden. Wenn er also das Testament bestehen liess, so hat er damit seinen Willen zu erkennen gegeben, dass der Erbe des castrense peculium sein Erbe überhaupt sein soll. Also der Wille des Testators ist die Quelle des Rechts des Erben, nichts Anderes. Diese Auffassung macht nun die species facti der lex citata unmöglich. Aus ihr geht hervor, dass der Erbe des castrense peculium in jedem Falle, auch ohne den Willen des Testators in die ganze Erbschaft succedire.

Und was hat der Jurist für einen Grund zu dieser Entscheidung?

Das Analogon, das er anführt, giebt uns Aufschluss darüber.

„perinde acsi pauperrimus facto testamento decessisset ignorans se locupletatum per servos alio loco agentes."

Durch diese Worte zeigte Tryphonin, dass er juristisch ebenso construirte, wie oben als naturgemäss angegeben wurde. Wie dasjenige, was der Sklave dem Herrn nach der Testamentserrichtung erwirbt, selbstverständlich in das Vermögen desselben fällt und ein integrirender Bestandtheil der Erbschaft wird, so sind auch die bona paterna in das Vermögen des früheren Hauskindes, jetzigen Hausvaters, in sein früheres castrense peculium, jetziges Vermögen gefallen und damit ein integrirender Bestandtheil der Erbschaft geworden. Sollte man trotz dieser Stelle noch an der Richtigkeit unserer Entscheidung zweifeln, so erinnere man sich an den schon besprochenen Fall, dass ein miles über sein castrense peculium testirt und dann als paganus stirbt. Wenn hier die Quellen ganz deutlich sagen[1]), die Regel: Nemo pro parte finde Anwendung und der heres scriptus des castrense peculium succedire in den ganzen Nachlass, so hat man das Recht, folgendermassen zu schliessen:

[1]) lex 13 § 1 D. de test. mil. (29, 1).

Wenn es erwiesen ist, dass die bona paterna eines filius familias miles, der im Genuss seiner Militärprivilegien sein Testament über das castrense peculium gemacht hat, im Falle, dass er als pater familias paganus stirbt, dem heres scriptus des castrense peculium zufallen, um wieviel eher ist zu behaupten, dass beim Testament eines filius familias paganus, der communi iure sein Testament macht, der Satz Nemo pro parte etc. Platz greift und der Erbe des castrense peculium in die ganze Erbschaft succedire!

Von neueren Schriftstellern spricht sich Fitting[1]) über unsere Frage folgendermassen aus:

> „Stirbt dagegen der Sohn als veteranus oder macht er sogar sein Testament erst als solcher, so muss der von ihm ernannte Erbe allemal sein gesammtes bei dem Tode vorhandenes Vermögen, also auch das von dem Vater ererbte, erhalten, gleichviel ob der Testator bei der Testamentserrichtung oder wenigstens zur Zeit seines Todes gewusst hat, dass er Erbe seines Vaters geworden, oder nicht. Denn ein Nichtsoldat kann nicht pro parte testatus pro parte intestatus versterben. Das von ihm hinterlassene Testament ergreift stets das gesammte Vermögen, ohne Unterschied, ob der Wille des Verstorbenen dahin ging, es dem eingesetzten Erben wirklich ganz oder nur zu einem Theil zuzuwenden.“

ferner Mühlenbruch,[2]) welcher sagt:

> „ . . . . Anders verhält es sich mit einem Haussohn, welcher, ohne Soldat zu sein, über sein freies Vermögen testirt, vor seinem Tode aber den Vater beerbt. Da das Testament eines filius familias durch Befreiung von der väterlichen Gewalt nicht zerstört wird, so muss in diesem Fall die Wirkung eintreten, wie wenn ein paganus nur über einen Theil seines Vermögens verfügt hätte, d. h. der Erbe wird

---

[1]) Fitting a. a. O. S. 211.
[2]) Mühlenbruch a. a. O. Th. 42. S. 83.

nicht auf das Peculium beschränkt, sondern erhält das gesammte Gut des Testirers "[1])

§ 8.

d. Der Haussohn testirt als paganus und stirbt als miles.

Ein weiterer Fall, bei dem unsere Frage gestellt werden kann, ist der, dass ein filius familias paganus über sein peculium castrense testirt, dann wieder Soldat[2]) wird, und sei es als solcher, sei es als veteranus stirbt.

Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen würde man unbedenklich in beiden Fällen den Satz: Nemo pro parte etc. zur Anwendung bringen. Die Neigung zur Begünstigung der Soldaten griff aber auch hier ein. Es wurde allgemein bestimmt, dass das non jure gemachte Testament einer Person durch ihren Eintritt in das Heer (seit der Constitutio v. 529 durch ihr Leben als „miles in expeditione") giltig werde und selbstverständlich seine Wirkung äussere, wenn der Testator während seiner Dienstzeit oder intra annum post demissionem verstirbt.

§ 4 Inst. de mil. test. (2,11) sagt:

> Sed et si quis ante militiam non jure fecit testamentum et miles factus et in expeditione degens resignavit illud et quaedam adiecit sive detraxit vel alias manifesta est militis voluntas hoc valere volentis, dicendum est valere testamentum quasi ex nova militis voluntate,

und in lex 15 § 2 D. de test. mil. (29,1) heisst es:

> Testamentum ante militiam factum a milite, si in

---

[1]) Wie wir sehen, geben sowohl Mühlenbruch als Fitting nur sehr unzulängliche Begründungen ihrer übrigens richtigen Ansichten.

[2]) Natürlich seit der constitutio aus dem Jahre 529 (lex 17 Cod. de test. mil. (VI,29) miles im Sinne dieses Gesetzes.

militia decesserit jure militari valere, si militis voluntas contraria non sit, divus Pius rescripsit[1]).

Wenn man diese Vorschriften auf unsern speciellen Fall anwendet, so ist also zu sagen: Bei dem Testament eines filius familias paganus über sein castrense peculium, greift, wenn er wieder miles wird und während seiner Dienstzeit oder intra annum post missionem stirbt, der Satz: Nemo pro parte etc. nicht Platz; stirbt er aber später als ein Jahr nach der Dienstentlassung, dann ist er wieder paganus und kann nicht mehr pro parte testatus pro parte intestatus beerbt werden.

2. Der Haussohn hat neben dem castrense peculium bona adventicia.

§ 9.

a. Die bona adventicia.

Im spätern römischen Recht trat eine zweite Möglichkeit ein, die Anwendung des Satzes: Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest beim Testament eines Haussohnes über sein castrense peculium in Frage zu stellen. Wie früher zeitlich **nach** dem castrense peculium, d. h. nachdem der filius familias sui juris geworden war, konnte nun **neben** dem castrense peculium noch andres Vermögen des Sohnes vorkommen. Kaiser Constantin bestimmte,[2]) an der mütterlichen Erbschaft (bona materna) solle dem Kinde

---

[1]) Zwischen den beiden angeführten Stellen scheint ein Widerspruch zu bestehen. § 4 Inst. cit. verlangt „Der Soldat solle seinen Willen manifestirt haben, das Testament gelten zu lassen. Nach der lex 15 Dig. § 2 citat. genügt es schon, wenn nicht der gegentheilige Wille bekundet ist. Eine Vereinigung ist wohl nur in der Weise möglich, dass man in dem blossen Bestehenlassen des früherer Testaments schon eine Manifestirung des Willens sieht.

[2]) Rein a. a. O. S. 495, Zimmern a. a. O., erster Band, zweite Abth., S. 692, Hölder in Holzendorffs Rechtslexicon (Art. peculium.)

Eigenthum, dem Vater Niessbrauch und Verwaltung[1]) zustehen. Das wurde von spätern Kaisern auf bona materni generis, d. h. auf alles von Mutterseite anfallende Vermögen und auf die lucra nuptialia ausgedehnt. Justinian schliesslich verordnete, dass an jedem nicht vom Vater herrührenden Erwerb, sowie er nicht in das castrense oder quasi castrense peculium fiel, dem Sohne Eigenthum, dem Vater Niessbrauch und Verwaltung (letzteres regelmässig) zustehen solle. Mochten nun die „bona adventicia" regularia sein, d. h. ganz der Verwaltung und Nutzniessung des Sohnes entzogen sein, oder irregularia, d. h. demselben zu „vollem Recht" zustehen[2]), in keinem Falle durfte er über dieselben letztwillig verfügen.

Lex 11 pr. Cod. qui fac. test. poss. (VI, 22) enthält eine Verordnung Justinians, welche besagt:

> Nemo ex lege, quam nuper promulgavimus, in rebus, quae parentibus adquiri non possunt, existimet aliquid esse innovandum et permissum fuisse filiis familias cuiuscumque gradus vel sexus testamenta facere, sive sine patris consensu bona possideant secundum nostrae legis distinctionem, sive cum eorum voluntate.

Durch ein Gesetz[3]) vom Jahre 426 hatten Theodosius II. und Valentinian III. in Ansehung der bona materna bestimmt, diese sollten beim Tode des Hauskindes jure hereditatis seinen Kindern und erst in Ermangelung solcher jure peculii dem pater familias zufallen. Im Jahre 439 setzte Theodosius II. dasselbe für die lucra nuptialia fest. Später wurden auch die Geschwister dem Gewalthaber vorgezogen.

---

[1]) Der oben erwähnte Ausdruck ist der der Quellen. Mehr empfiehlt sich aber die von Windscheid (a. a. O. zweiter Band S. 913 N. 11) gewählte Ausdrucksweise: Die bona adventicia fallen an das Kind nur der „Substanz" nach, an den Vater „zum Genuss". Aus doppeltem Grunde a) weil vom Eigenthum doch nur bei körperlichen Sachen die Rede sein kann, b) weil das Genussrecht des Vaters nicht ganz nach den Regeln des usus fructus behandelt wird.

[2]) Windscheid a. a. O. zweiter Band S. 919.

[3]) Fitting a. a. O. S. 351.

Justinian übertrug in lex 6 Cod. de bon. quae lib. VI,61 den Vorzug der Kinder und Geschwister des Verstorbenen auf das ganze von ihm geschaffene Gebiet der Adventicien. Die durch die Novelle 118 eingeführte Erbfolgeordnung endlich gilt nun auch für die bona adventicia.

§ 10.

b. Genaue Fixirung der Frage.

Es kann nun, wenn ein Hauskind ein castrense peculium besitzt und daneben bona adventicia, wieder in ähnlicher Weise, wie oben, zweifelhaft werden, ob eine Testirung über das castrense peculium auch die bona adventicia mit erfasst in Rücksicht auf den Satz: Nemo pro parte etc. oder ob die Regel nicht Platz greift oder aber die institutio heredis wegen dieses Conflictes vitios ist.[1])

Zunächst ist zu bemerken, dass es m. E. unzulässig ist, die Frage in dieser Allgemeinheit zu stellen, wie zumeist geschieht, z. B. bei Fitting, Hänsel, Wächter, Baron[2]) weil eine einheitliche Antwort nicht möglich ist. Vielmehr muss die Unterscheidung festgehalten werden, die sich bei Köppen[3]) findet. Man kommt nämlich zu einem andern Resultate in dem Falle, dass der filius familias nach der Testamentserrichtung sui iuris geworden und dann gestorben ist und in dem Falle, dass er bei seinem Tode noch filius familias gewesen ist. Im ersteren ist ganz ebenso zu urtheilen, wie wenn der Testator als filius familias **nur** ein castrense peculium gehabt hatte. In dem Moment, in dem er sui iuris

[1]) Es wird vorausgesetzt, dass der filius familias als paganus testirt oder wenigstens stirbt. Testirt er als miles und stirbt auch als solcher, so entstehen keine Schwierigkeiten, er darf als miles pro parte testiren: also bekommt der heres scriptus das castrense peculium, der Intestaterbe die bona adventicia. —

[2]) Fitting a. a. O. S. 212, Hänsel a. a. O. I. S. 388, Wächter a. a. O. II. S. 688, Baron a. a. O. S. 599.

[3]) Köppen a. a. O. S. 279.

wird, verliert sowohl das castrense peculium als auch die bona adventicia ihre juristische Sondernatur, sie werden Theile des Vermögens überhaupt, und die Verfügung über das castrense peculium ist eine Testirung pro parte, die nach der Regel: Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest in Verbindung mit dem Satze:

> Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur.

als Testirung über das Ganze gilt.

Anders ist es, wenn der filius familias als solcher stirbt. Hier sind in der That zwei Vermögensmassen, die nach verschiedenen Rechtsgrundsätzen zu beurtheilen sind, da, und es entsteht die schwierige Frage, wie hierzu sich die Regel: Nemo pro parte etc. verhält.

§ 11.

c. Die Ansicht nach der die Regel: Nemo pro parte etc. auch hier Anwendung findet.

(Cephalus und Brunnemann.)

Man hat verschiedene Antworten auf unsere Frage gegeben. Die erwähnten älteren Schriftsteller (Cephalus und Brunnemann) haben dieselbe, die sie auf die oben erörterte Frage gegeben haben. Sie sind der Meinung, dass principaliter die institutio des Erben des castrense peculium vitios sei; denn eine Verfügung über dasselbe würde, wenn man jene Regel: Nemo pro parte etc. anwendet, zugleich eine Testirung über die bona adventicia sein, welche dem Haussohne nicht zusteht. Und hierin haben sie recht, für den Fall, dass der filius familias als solcher stirbt, — vorausgesetzt natürlich, dass sich an der Anwendung jener Regel nicht zweifeln lässt. Anders, wie in dem oben erwähnten Fall, in dem eine Testirung über das castrense peculium von ihnen als eine indirecte Testirung über bona paterna angesehen wurde. Hier sind in der That noch beim Tode des filius familias zwei gesonderte Vermögensmassen da, die

nicht, wie oben, ihre juristische Sondernatur gewechselt haben. Dies erkennt auch Hänsel,[1]) der schliesslich zu einem andern Resultat gelangt, an. Diese Vitiosität nun schaffen die genannten ältern Schriftsteller mit jener oben bereits erwähnten Regel:

> quod principaliter est prohibitum, admittitur in necessariam consequentiam ad permissum

weg, so dass der heres scriptus das castrense peculium auch in die bona adventicia succedirt.[2])

Die Unhaltbarkeit dieser Regel aber ist bereits oben gezeigt worden. Wir müssten nun allerdings bei der Vitiosität der heredis institutio stehen bleiben, wenn es uns nicht vielleicht gelänge einen Grund für die Nichtanwendung der Regel: Nemo pro parte etc. für unsern Fall beizubringen.

§ 12.

d. Die Regel: Nemo pro parte etc. findet in unserem Falle keine Anwendung.

a. Die Begründungen von Köppen, Hänsel und Fitting.

Dass diese Regel hier nicht Platz greift, nehmen nun auch neuere Schriftsteller an.

Köppen[3]) sagt, „der Satz trete selbstverständlich auch dann ausser Anwendung, wenn der Testator blos über einen Theil seines Vermögens testirt, weil er nur über diesen zu

---

[1]) Hänsel a. a. O. S. 389.

[2]) Brunnemann (ad L. de hereditate 19 § 2 Dig. de castr. pec. 49, 17 nr. 3) schreibt, mit Berufung auf Cephalus:

> Sed cum hodie filius familias habeat proprietatem in adventiciis, quaeritur, si filius familias paganus testamentum condat de castrensibus et simul de adventiciis, vel horum plane nullam faciat mentionem, an heres scriptus etiam in adventiciis succedat. Vid. quod sic rationem textus. Nam alias testatus et intestatus decederet et multa valent per consequentiam, quae per se sunt prohibita.

[3]) Köppen a. a. O. S. 279.

testiren vermag, wie der Haussohn, der neben seinen bona castrensia noch bona adventicia hat. Hier besitzt der Erblasser juristisch zwei Vermögen, von denen jedes unter besonderen Normen steht. Er habe im Sinne des Gesetzes erst in dem Moment blos pro parte testirt, wo er aufgehört habe, filius familias zu sein."

Zunächst ist diese Scheidung des peculium castrense und der bona adventicia als zweier Vermögen zu schroff, als dass man Consequenzen aus ihr ziehen könnte. Vermögen ist „der Inbegriff der einer Person zustehenden Vermögensrechte".[1]) Keinen Unterschied macht es, ob die einzelnen Theile des Vermögens einer Person nach besondern Rechtsnormen zu beurtheilen sind, sie bleiben Theile des Vermögens. Deswegen kann man nicht sagen, die Testirung über das castrense peculium sei keine Testirung pro parte. Die bona adventicia ebensowohl wie das castrense peculium sind Theile des Vermögens des Hauskindes, sie bilden zusammen erst den Begriff seines Vermögens. Dass aber eine Testirung über das castrense peculium keine Testirung pro parte „im Sinne des Gesetzes" sei, müsste erst noch nachgewiesen werden. Der Umstand schliesslich, dass die beiden Vermögenstheile unter besonderen Normen stehen, kann doch wohl nicht zur **Lösung** der Schwierigkeit benutzt werden. Er ist es ja grade, der die Schwierigkeit **hervorruft.** Nicht weil die beiden Vermögenstheile unter besondern Normen stehen, greift der Satz: Nemo pro parte etc. nicht Platz, sondern deswegen wird es eben zweifelhaft, ob die Normen, unter denen sie stehen, dem Satze: Nemo pro parte etc. weichen oder dieser ihnen.

Wächter[2]) schliesst die Anwendung des Satzes: Nemo pro parte etc. für unsern Fall aus, ohne irgend eine Begründung zu geben.

Hänsel[3]) sucht aus den Quellen selbst den Nachweis zu führen, dass unsere Regel hier nicht Platz greift. Er be-

[1]) Windscheid a. a. O. I. S. 92.
[2]) Wächter a. a. O. II. S. 688.
[3]) Hänsel a. a. O. S. 388 ff.

ruft sich hierbei auf die lex 37 Cod. de inoff. testam. (III, 28). Hier heisse es fast in jedem Satze, dass das Testament des Sohnes nur super ipsis peculiis oder super rebus quae in peculiis sunt gelte; es werde daher die Möglichkeit vorausgesetzt, dass ein Sohn über das peculium testire und doch neben diesem peculium noch anders Vermögen haben könne. Demzufolge müsse angenommen werden, dass in dem neueren Recht die Regel: Nemo paganus pro parte testatus etc. auf das Testament eines Haussohnes nicht angewandt worden sei, vielmehr sei hier zugleich eine successio a testato in das peculium castrense und eine successio ab intestato nach lex 3, 4 Cod. de bon. quae lib. und späterhin nach Nov. 118 in die übrigen Adventicien möglich gewesen. Fitting[1]) billigt vollständig die Meinung Hänsels und fügt noch den § 6 Inst. de mil. test. 2, 11 und das pr. Inst. quibus non est perm. 2, 11 hinzu, wo es ebenfalls heisst, dass die Inhaber eines castrense oder quasi castrense peculium **nur** über dieses zu testiren die Befugniss haben.

Trotzdem lässt sich m. E. das nicht aus den Stellen schliessen, was die beiden genannten Schriftsteller in ihnen finden. Angenommen, dass in diesen Stellen wirklich[2]) an die Adventicien gedacht ist, so besagen sie doch nur

1. dass ein Haussohn, der peculium castrense hat, über dasselbe testiren darf

und

2. dass einem Haussohn, der bona adventicia besitzt, über diese letztwillig zu verfügen nicht freisteht.

Dabei ist aber doch wohl nur an den Fall gedacht, dass der Haussohn **entweder** ein castrense peculium **oder** bona adventicia besitzt. In keinem Fall ist damit schon gesagt, dass **beim Zusammentreffen** von castrense peculium und bona adventicia die Regel: Nemo pro parte etc. keine Anwendung findet. In seinem Ende leidet der Schluss Hänsels und Fittings an demselben Fehler wie der Köppens. Auch

[1]) Fitting a. a. O. S. 212.

[2]) Auch das lässt sich bezweifeln.

diese Schriftsteller schliessen daraus, dass bestimmt ist, der Haussohn dürfe über das castrense peculium testiren, über etwas Anderes nicht, dass hier eine Ausnhme von der Regel: Nemo pro parte etc. vorliege und übersehen dabei, dass gerade diese Bestimmungen es sind, die die Verwickelungen hervorrufen, und dass es, damit ihr Schluss richtig sei, erst einer Begründung dessen bedürfte, dass der Satz: Nemo pro parte etc. den besondern gesetzlichen Bestimmungen in unserm Falle weicht.

β. Versuch die Nichtanwendung der Regel: Nemo pro parte etc. zu begründen mit Rücksicht auf das Geltungsgebiet der Regel überhaupt.

Es liegt nahe, wenn wir nach einem Grunde für die Nichtanwendung der Regel: Nemo pro parte etc. in unserm Fall suchen, das Geltungsgebiet der Regel überhaupt zu untersuchen und zu sehen, ob wir vielleicht so zu einem Resultate gelangen. Das Einfachste nun, wenn man das Anwendungsgebiet einer Regel untersuchen will, ist wohl die Ratio derselben klar zu legen und zu fragen, wieweit diese die Anwendung gebietet. Wir müssten also vorerst nach dem Grunde des Satzes: Nemo pro parte etc. fragen. Wenn man weiss, warum dieser Satz von den Römern aufgestellt worden ist, dürfte es nicht schwer fallen unsere Frage nach dem Anwendungsgebiet der Regel überhaupt und in unserm Falle im Besonderen zu beantworten. Wir kommen aber mit dieser Frage auf sehr streitigen Boden. Wie oben (§ 2) schon bemerkt worden ist, hat fast jeder Romanist seinen besondern Grund des Satzes: Nemo pro parte etc. aufgestellt, keiner aber dieser Gründe ist im Stande uns zu befriedigen. So müssen wir denn den Plan, aus dem Grunde, der Ratio, des Satzes sein Geltungsgebiet zu bestimmen, aufgeben.

Wir könnten nun aber vielleicht auf eine andere Weise das Geltungsgebiet der Regel bestimmen.

Es werden nämlich von vielfacher Seite Fälle zusammengestellt, die quellenmässige Ausnahmen von unserem Satze sein sollen.

Wenn es uns nun gelänge, diese Fälle unter einen Gesichtspunkt zu bringen und zu zeigen, dass ein bestimmtes Princip bei ihnen vorwaltet, so könnten wir schliesslich zwar nicht sagen:

„Der Satz greift soweit Platz, als die ihm innewohnende Ratio es gebietet,

aber

„er findet soweit Anwendung, als eine den quellenmässig constatirten Ausnahmefällen innewohnende Ratio sein Anwendungsgebiet nicht einschränkt."

Und in der That ist dieser Versuch aus einem, den Ausnahmefällen der Regel: Nemo pro parte etc. innewohnendem Princip das Geltungsgebiet der Regel überhaupt zu folgern, bereits gemacht worden, und man ist zu dem Resultate gelangt, dass die Regel nur sagen will, „eine Konkurrenz zwischen Testament- und Intestaterben könne nur nicht vom Erblasser selbst ausgehen, nicht **durch seinen Willen** hervorgebracht werden." Wäre das richtig, so hätte man sofort die Antwort auf die zu Grunde liegende Frage, ob der Satz: Nemo pro parte etc. in unserm Falle, d. h. beim zusammentreffen von peculium castrense und bona adventicia Anwendung findet. Wir müssten mit „Nein" antworten, denn sicher ist die hier eintretende Konkurrenz zwischen Testaments- und Intestaterbe nicht durch den Willen des Testators geschehen. Ist denn nun aber diese Beschränkung der Regel eine richtige?

Im besondern:

1. **Lassen sich in der That eine Anzahl Ausnahmen quellenmässig constatiren?**

und

2. **wenn dies der Fall ist, rechtfertigen sie eine principielle Bestimmung des Geltungsgebietes der Regel?**

Was zunächst die erstere Frage angeht, so giebt es sicher **eine** Ausnahme, das ist der Fall, in dem jene Regel auf Grund des Soldatenprivilegiums nicht Platz greift. Dieser Fall ist aber stets — und mit Recht — von den andern angeblichen Ausnahmsfällen abgesondert worden, wenn man

diejenigen Fälle, in denen die Regel keine Anwendung findet, zusammenzustellen und unter einen leitenden Gesichtspunkt zu bringen suchte.

In Folge der Begünstigung der Soldaten wird nicht nur jene Regel: Nemo pro parte etc. durchbrochen, sondern auch eine Fülle von Ausnahmen anderer Rechtsregeln geschaffen.

Diese Ausnahmen nun lassen sich mit den eventuellen andern Ausnahmen der betreffenden Rechtssätze nicht unter einen Gesichtspunkt bringen, sie bilden vielmehr alle zusammen ein geschlossenes Ganzes, das auch einen gemeinsamen Grund hat, nämlich die Soldaten zu begünstigen oder ihnen ihre Unerfahrenheit im Recht nicht schaden zu lassen. So löst sich auch die Ausnahme, die durch das Soldatenprivilegium von dem Satze: Nemo pro parte etc. geschaffen worden ist, von den andern Ausnahmen dieses Satzes ab und tritt zu den andern durch soldatische Vorrechte geschaffenen Durchbrechungen des ius commune.

Als sonstige Fälle, in denen quellenmässig die Regel: Nemo pro parte etc. keine Anwendung findet, zählt Schirmer[1]) folgende auf:

1. Wenn Jemand mit Uebergehung von sui, die nicht filii sind, testirt, so erhalten die Präterirten nach Civilrecht einen Kopftheil oder die Hälfte, je nachdem sui oder nicht sui eingesetzt sind. Die Wirkung ist also die, dass testamentarisch eingesetzte und Intestaterben zusammen erben.

Gaius[2]) sagt:

> Ceteras vero liberorum personas si praeterierit testator, valet testamentum, (quo) praeteritae istae personae scriptis heredibus in partem adcrescunt, si sui heredes sint in virilem, si extranei, in dimidiam: id est, si quis tres verbi gratia filios heredes instituerit et filiam praeterierit, filia adcrescendo pro quarta parte fit heres et **ea ratione id consequitur, quod ab intestato patre**

[1]) Schirmer a. a. O. S. 55.

[2]) Gaius II, 124 (Huschke'sche Ausgabe).

mortuo habitura esset; at si extraneos ille heredes instituerit et filiam praeterierit, filia adcrescendo ex dimidia parte fit heres.

2. Wird ein Testament mittelst der bonorum possessio contra tabulas angefochten, indem zu dieser bonorum possessio nicht berechtigte Descendenten und Ascendenten, sowie die Frau oder Schwiegertochter des Testators zur Entschädigung für ihre Dotalforderung instituirt worden sind, so werden die letzteren bis zum Belaufe ihres Dotalanspruches, jene auf Höhe einer pars virilis vom Prätor als Erben anerkannt.

3. Wenn von zwei Notherben der eine übergangen, der andere eingesetzt ist, so können verschiedene Arten der bonorum possessio unter sich oder mit einem heterogenen Civilrechte zusammentreffen.

4. Beim Anstellen der querela inofficiosi testamenti kann es vorkommen, dass das Testament nur zum Theil rescindirt wird; z. B. im Falle der lex 15 § 2 Dig. de inoff. test. (5, 2). Hier heisst es:

> Filius, qui de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias tulit et unum vicit, ab altero superatus est, et debitores convenire et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest et corpora vindicare et hereditatem dividere: verum enim est familiae erciscundae iudicium competere, quia credimus eum legitime heredem pro parte esse factum: et ideo pars hereditatis in testamento mansit, nec absurdum videtur pro parte intestatum videri.

Die eben erwähnten Fälle sind nun zunächst nur scheinbare Ausnahmen, also gar nicht im Stande das Geltungsgebiet der Regel: Nemo pro parte etc. irgendwie einzuengen. Es kann gar nicht davon die Rede sein, dass bei ihnen die in Frage kommende Regel keine Anwendung findet.

Die ad 1 und 3 erwähnten Fälle können nicht in Betracht kommen, weil hier in der That nicht testamentarische Erben neben Intestaterben vorkommen, sondern **nur** Testamentserben. Es wird hier den Uebergangenen nicht ihr Intestaterbtheil zugewiesen, sondern es wird fingirt, dass sie

zu dem ihnen zukommenden Theil testamentarisch eingesetzt sind. So erben sie also ex testamento, nicht ab intestato. Für den ad 1 aufgeführten Fall ersehen wir dies ganz deutlich aus den citirten Worten des Gajus:

> . . . . valet testamentum (quo) praeteritae istae personae scriptis heredibus in partem **adcrescunt.**

In dem Fall ad 2 liegt ebenfalls eine Ausnahme nicht vor. Hier ist gar nicht von testamentarischer oder Intestaterbfolge die Rede, sondern von der bonorum possessio contra tabulas. Diese ist aber eine ganz besondere Successionsart, die mit der Intestaterbfolge durchaus nicht identisch ist.

So bliebe nur noch der vierte Fall, der am Ehesten eine Ausnahme von der Regel: Nemo pro parte etc. zu sein scheint. Ganz richtig sagt Keller:[1])

> . . . „hier setzt ja jedes Urtheil ganze Testamentserbfolge oder ganze Intestaterbfolge voraus, es kann nur jedes vor dem andern (also eines äussern Hindernisses wegen, das durch den Satz res iudicata ius facit inter partes herbeigeführt wird) nicht ganz zur Geltung kommen."

Somit fallen die angeblichen Ausnahmen weg, und die ganze auf ihrem Grund aufgebaute Construction wird hinfällig.

Aber selbst angenommen, die angeführten Fälle wären in der That Ausnahmen von dem Satze: Nemo pro parte etc., so würde sich dennoch das in ihnen waltende Princip, wie es behauptet wird, und somit die Einschränkung der Regel nach dieser Richtung hin nicht nachweisen lassen.

Wie schon erwähnt, nimmt die herrschende Meinung an, die Regel: Nemo pro parte etc. wolle nur sagen, dass eine Konkurrenz zwischen Testaments- und Intestaterben nicht vom Erblasser selbst ausgehen, nicht **durch seinen Willen** hervorgebracht werden könne. So z. B. Vangerow,[2]) ferner Köppen,[3]) bei dem es heisst:

---

[1]) Keller a. a. O. II. S. 350.
[2]) Vangerow a. a. O. S. 10.
[3]) Köppen a. a. O. S. 278.

„Dieser Satz schliesst nicht schlechterdings, sondern nur für den Fall der pro parte angeordneten Erbfolge das Zusammentreffen der beiden Delationsgründe aus. Wo dieser Fall nicht vorliegt, hört seine Geltung auf."

Namentlich aber Seuffert:[1])

„Muss man also, um diese Konkurrenz zu rechtfertigen, weder auf den ursprünglichen noch auf den eventuellen Willen des Testators zurückgehen, sondern scheint jene Konkurrenz durch andere Verhältnisse oder Ereignisse gefordert zu sein, so steht ihrem Eintritt die fragliche Regel durchaus nicht im Wege."

Als Beweisgründe für die Einschränkung der Regel: Nemo pro parte etc. nach dieser Richtung hin werden vier hingestellt. Dise Auffassung werde bewiesen:

1. Durch den Wortlaut der Regel selbst: Nemo pro parte testatus pro parte intestatus **decedere** potest, also Niemand könne pro parte testatus, pro parte intestatus **versterben, nach** seinem Tode könnte aber recht wohl die Bedingungen für eine Konkurrenz gegeben werden.[2])

2. Durch den Ausspruch Tryphonins in der lex 19 § 2 D. de castr. pec. (49,17) miles **ab initio** pro parte testatus, pro parte intestatus potuerat mori.

So sagt die Glossa ad legem ius nostrum (7) de div. reg. iuris (50,17):

„Haec regula vera est inter paganos, secus inter milites. Item in paganis est vera ab initio: ex postfacto autem et ipsi pro parte quandoque intestati decedunt."

Ferner Mühlenbruch, Seuffert u. A.[3])

3. Durch die Art und Weise, wie die Ausnahme der Regel dargestellt wird: nisi sit miles, cuius sola **voluntas** in testando spectatur. So Vangerow und Seuffert.[4])

---

[1]) Seuffert a. a. O. S. 219.

[2]) Vangerow a. a. O. S. 10, Seuffert a. a. O. S. 219.

[3]) Mühlenbruch a. a. O. Th. 40. S. 157, Seuffert a. a. O. S. 219.

[4]) Vangerow a. a. O. S. 10, Seuffert a. a. O. S. 219.

4. Dadurch, dass wirklich in den erwähnten Fällen durch nachherige, von dem Willen des Testators unabhängige Ereignisse eine Konkurrenz der testamentarischen und gesetzlicheu Erbfolge herbeigeführt wird. So Vangerow.[1])

M. E. ist keiner der vier angeführten Beweisgründe für eine Einschränkung nach dieser Richtung hin stichhaltig.

ad 1. Als erster Grund war der Wortlaut der Regel angeführt worden: Nemo .... **decedere** potest, d. h. Niemand könne pro parte testatus pro parte intestatus **versterben.** Also bis zu seinem Tode dürften nur die Bedingungen einer Konkurrenz von testamentarischer und Intestatsuccession nicht gegeben sein, nachher wohl. Also nur mit dem Willen des Testators dürfe dieselbe nicht herbeigeführt werden. Einmal ist es nun nicht dasselbe:

> Bis zum Tode dürften die Bedingungen einer Konkurrenz nicht gegeben sein,

und:

> Eine Konkurrenz dürfe nur nicht auf den Willen des Erblassers zurückgeführt werden.

Denn sowohl zur Zeit der Testamentserrichtung als auch zwischen dieser und dem Tode können die Bedingungen für eine Konkurrenz gesetzt werden unabhängig von dem Willen des Testators. Dann aber ist die ganze Interpretation der Gesetzesworte eine **zu** buchstäbliche und deshalb zu **enge.** Decedere heisst ja allerdings **versterben.** Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest heisst aber: Niemand kann theils aus dem Testamente, theils ab intestato **beerbt** werden. Der Tod einer Person hat im Erbrecht eben nur **erb**rechtliche Bedeutung: er ist hier diejenige juristische Thatsache, die die Wirkung hat, dass die vermögensrechtlichen Rechtsverhältnisse, in welchen der Verstorbene als Berechtigter oder Verpflichteter stand, abgesehen von Ausnahmen, auf eine andere Person oder auf eine Mehrheit anderer Personen übergehen, dass der defunctus

---

[2]) Vangerow a. a. O. S. 10.

beerbt wird.[1]) Decedere und beerbt werden ist hier also eines.

ad 2. Auch der Ausspruch Tryphonius kann nicht zum Beweise herangezogen werden.

Seuffert[2]) sagt:

„Dies scheint von Tryphonin im Fr. 19 § 2 de castr. peculio (49,17) angedeutet zu sein, indem er sagt:

miles ab initio pro parte testatus pro parte intestatus potuerat mori.

Denn bei einem Todesfall fragt man vor Allem (ab initio) nach einem Testament und ebenso erkundigt man sich vorerst nach dem etwaigen Willen des Erblassers, wenn eine Verfügung des Testaments aus irgend einem Grunde nicht zur Erfüllung kömmt. In diesem Sinne kann der paganus ab initio nicht pro parte testatus pro parte intestatus verstorben sein. Wohl aber kann durch später eintretende Verhältnisse eine theilweise Testaments- und theilweise Intestaterbfolge eintreten."

Derselben Ansicht ist von den Neueren Mühlenbruch.[3])

Es ist aber nicht richtig, den Zusatz „ab initio" so zu verstehen. Das constatiren auch Schriftsteller, die in der Hauptsache auf dem Standpunkte Seufferts stehen, und sie verzichten daher auf diesen Beweispunkt.

So Vangerow[4]) und Köppen.[5])

Am Gründlichsten weist Huschke[6]) nach, dass jene Auffassung auf einer Verkennung des Sachverhalts der lex 19 § 2 D. cit. beruht.

Der Jurist entscheidet hier den schon mehrfach angezogenen Fall, dass ein filius familias paganus, nachdem er

---

[1]) Windscheid a. a. O. III. S. 1 u. 2.
[2]) Seuffert a. a. O. S. 219.
[3]) Mühlenbruch a. a. O. Th. 40. S. 156 ff.
[4]) Vangerow a. a. O. S. 10.
[5]) Köppen a. a. O. S. 280.
[6]) Huschke a. a. O. S. 337 ff.

sui iuris geworden, stirbt, dahin, dass der heres scriptus des castrense peculium auch die bona paterna bekomme. Anders sei es bei einem Soldaten: der würde das peculium castrense dem heres scriptus, die bona paterna den Intestaterben hinterlassen; denn er könne ja ab initio pro parte testatus versterben, d. h. er könne schon im Moment der Testirung einen Theil seines Vermögens vergeben und den Rest an die Intestaterben gelangen lassen. Also müsse man um so eher so entscheiden, wenn nach der Testirung noch andere bona hinzukommen, so dass das, worüber er verfügt hat, erst nach der Testirung ein Theil seines Vermögens geworden ist. Hier ist also von Umständen nach dem Tode des Erblassers gar nicht die Rede, sondern „ab initio" ist im Gegensatz zu der Zeit nach der Testamentserrichtung gesagt.

ad 3. Auch der dritte Beweispunkt ist zurückzuweisen. Es wird geltend gemacht,[1]) daraus dass bei Soldatentestamenten (z. B. im § 5 Int. de hered. inst. II,12 und in lex 37 D. de test. mil. 29,1) gesagt wird, hier könne eine Konkurrenz der testamentarischen und Intestaterbfolge eintreten, weil es blos auf die voluntas des Soldaten ankomme, müsse man schliessen, dass bei einem Nichtsoldaten eine Konkurrenz eintreten könne, sobald sie nicht vom Willen des Testators ausgehe. Dieser Schluss ist aber sicher kein logischer. Daraus dass gesagt wird, eine Konkurrenz könne durch den blossen Willen des Soldaten eintreten, lässt sich schliessen, dass sie durch den blossen Willen des Nichtsoldaten nicht eintreten könne, aber nicht, dass eine Konkurrenz eintreten könne, wenn sie nur nicht gewollt sei.

ad 4. Die Thatsache endlich, dass in den angeführten Fällen wirklich eine Konkurrenz ohne den Willen des Testators sich ergeben hätte kann, einen vollgiltigen Beweis ebenfalls nicht bilden. Angenommen, dass in ihnen eine Konkurrenz der testamentarischen und Intestaterbfolge ohne den Willen des Testators eintritt, so giebt es doch einerseits

[1]) Seuffert a. a. O. S. 219, Vangerow a. a. S. 10.

Fälle, bei denen eine Konkurrenz zweifellos unzulässig ist, trotzdem sie auf den Willen des Testators nicht zurückzuführen ist,[1]) anderseits lassen sich wohl Fälle construiren, bei denen eine derartige Konkurrenz mit dem Willen des Testators herbeigeführt wird.

Aus allen diesem geht hervor, dass eine Einschränkung der Regel nach dieser Richtung hin, selbst wenn man die zu Grunde liegenden Fälle als Ausnahmen gelten lassen wollte, nicht zu erweisen wäre, und dass es uns auf diesem Wege nicht gelingen kann, die Nichtanwendung des Satzes: Nemo pro parte etc. auf den Fall des Zusammentreffens des peculium castrense mit der bonis adventiciis zu folgern.

γ. Die Nichtanwendung der Regel: Nemo pro parte testatus etc. lässt sich aus der Natur der bona adventicia schliessen.

Wenn uns nun einerseits die Quellen bei der Entscheidung unserer Frage im Stich lasssn, anderseits auch aus dem Wesen des Satzes: Nemo pro parte etc. sich nichts unmittelbar herleiten lässt, bleibt uns noch übrig zu sehen, ob vielleicht die Natur der bona adventicia auf eine Entscheidung hinweist. Und in der That giebt uns die Natur dieses Sondervermögens das Recht, die Regel hier nicht anzuwenden. Die bona adventicia stehen nach dem Wortlaut der Quellen im Eigenthum des Kindes, die Verwaltung und der Niessbrauch stehen dem Vater zu. Dieses Eigenthum des

[1]) Fälle dieser Art sind ja doch alle, in denen ein testamentarisch eingesetzter Erbe wegfällt. Wollte man hier den aufgestellten Grundsatz, eine Konkurrenz dürfe eintreten, sobald sie nicht auf den Willen des Testators zurückgeführt wird, gelten lassen, so müsste man in die frei gewordenen Theile die Intestaterben eintreten lassen. Denn sicher hat es nicht im Willen des Testators gelegen, diese Konkurrenz von testamentarischen und Intestaterben hervorzurufen. Er hat vielleicht im Gegentheil testirt, um gerade diesen Intestaterben auszuschliessen, und hat gar nicht an den Fall gedacht, dass der zu einem Theil eingesetzte Erbe wegfallen würde.

Kindes ist also ein sehr beschränktes. Die grösste Einschränkung aber erleidet es durch die Unfähigkeit des Kindes über die bona adventicia zu testiren. Die positive Seite dieser Beschränkung des Eigenthümers der bona adventicia ist aber das Recht der Intestaterben auf dieselben. Dieses Vermögen ist den Intestaterben, wenn man sich eines deutschrechtlichen Ausdruckes bedienen darf „verfangen."

Wollte man also den Satz: Nemo pro parte etc. hier anwenden, so würde der Haussohn über etwas verfügt haben, auf das schon ein Anderer eine Anwartschaft, einen Anspruch hat, er würde in das Recht eines Andern eingreifen. Das wäre aber nicht nur unbillig, sondern auch unrecht.

Unsere Entscheidung scheint um so gerechtfertigter, als ja der Satz — wie aus der Ausnahme beim Soldatentestament hervorgeht — nicht absolut gelten will, sondern unter Umständen Ausnahmen zulässt.

§ 13.

B. Der Haussohn hat über einen Theil des castrense peculium verfügt.

Die Frage, ob die Regel: Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest beim Testament eines Haussohnes über sein castrense peculium Anwendnng findet, lässt sich, wie bereits oben (S. 9) bemerkt wurde, noch nach einer andern Richtung hin stellen. Es lässt sich nämlich fragen, ob die Regel sich anwenden lässt, wenn der filius familias nur über einen Theil seines castrense peculium testirt hat, ob er also in Bezug auf das castrense peculium als solches pro parte testatus pro parte intestatus beerbt werden kann. Die Antwort wird sich in ähnlicher Weise wie in den bereits besprochenen Fällen ergeben.

Hat ein filius familias miles, der nur ein castrense peculium hat, über einen Theil seines castrense peculium testirt und stirbt er noch als filius familias miles, so wird

zweifellos der heres scriptus des Theils des castrense peculium diesen Theil, den andern die Intestaterben erhalten. Denn in Bezug auf das castrense peculium wird der filius familias als pater familias betrachtet. Dasselbe ist hier universum ius, quod defunctus habuit. Er hat über dasselbe pro parte testirt. Das ist ihm als Soldaten gestattet.

Ebenso ist zu urtheilen, wenn er als pater familias miles verstirbt. Der heres scriptus wird dann den Theil des castrense peculium erhalten, auf den er instituirt ist; in den andern Theil succedirt, ebenso wie in die bona paterna, der Intestaterbe. Da ja nach der von uns angenommenen Construction mit dem Tode des Vaters oder der Emancipation das castrense peculium seine Sondernatur aufgegeben hat, so ist, ebenso wie eine Testirung über das ganze castrense peculium, auch die über einen Theil desselben eine letztwillige Verfügung pro parte „des Vermögens."

Stirbt der filius familias als pater familias paganus oder hat er erst als filius familias paganus testirt, so war für den Fall dass er über das ganze castrense peculium testirt hatte, kein Grund vorhanden, die Regel auszuschliessen. Der heres scriptus des castrense peculium bekommt auch das nichtcastrensische Vermögen. Ganz analog ist zu urtheilen, wenn ein filius familias miles oder paganus über einen Theil des castrense peculium testirt hat und als paganus, sei es als pater familias, sei es als filius familias stirbt. Er hat über dasjenige testirt, quod habet habiturusque est, über alles, was im Moment des Todes zu seinem Vermögen gehörte. Da nun das, worüber er namentlich testirt hat, nur einen Theil seines Vermögens ausmacht, und er nicht pro parte testiren darf, bekommt der eingesetzte Erbe das castrense peculium ganz.

Trifft das castrense peculium mit den bonis adventiciis zusammen[1]) und hat der Testator über einen Theil seines

[1]) Es ist wiederum vorausgesetzt, dass er als paganus testirt hat oder gestorben ist. Stirbt er als miles, dann kommt ihm das Soldatenprivileg, pro parte testiren zu dürfen, zu Hilfe.

castrense peculium testirt, so ist, wenn er als pater familias stirbt, wieder zu sagen: Im Moment, wo er sui iuris wurde, verlieren sowohl castrense peculium als bona adventicia ihr juristische Sondernatur, sie werden eine Masse, sein Vermögen, und der Erbe, den er sich als Erben eines Theils des castrense peculium eingesetzt hat, succedirt, da der Erblasser nicht pro parte testiren darf, in omnia bona quae tempore mortis defunctus habuit. Stirbt er als filius familias, dann könnte man zweifeln, ob derjenige Theil des castrense peculium, über den nicht verfügt ist, dem heres scriptus oder dem Intestaterben, dem Erben der bona adventicia, zufallen solle. Es ist nun wohl zu entscheiden, dass dieser Theil dem eingesetzten Erben zufällt: Ein Nichtsoldat darf nicht pro parte testatus pro parte intestatus beerbt werden. Nun bekommt zwar, wie wir oben gesehen haben, der heres scriptus das castrense peculium, der Intestaterbe die bona adventicia. Dies hat aber darin seinen besonderen Grund, dass hier positive gesetzliche Normen[1]) der Anwendung entgegenstehen. Das ist aber in in unserm Fall nicht zu behaupten. Es sind über einen Theil des Vermögens des Testators (eine pars peculii castrensis) Verfügungen da. Dieser pars folgt nun nach den allgemeinen römisch-rechtlichen Grundsätzen das ganze übrige Vermögen, soweit nicht positive Gesetzesbestimmungen dagegen streiten. Das ist nun zwar beim peculium adventicium, nicht aber bei dem Rest des castrense peculium der Fall. Dieser letztere kommt also an den heres scriptus des einen Theils des peculium castrense.

[1]) Nämlich diejenigen, welche das Recht der Erben der bona adventica begründen.

§ 14.

III. Lässt sich der Satz: Nemo pro parte etc. auf das Testament eines Haussohnes über sein quasi castrense peculium anwenden?

Es ist bisher nur davon die Rede gewesen, ob der Satz: Nemo pro parte etc. bei dem Testament eines Haussohnes über sein castrense peculium Anwendung findet. Es muss nun festgestellt werden, ob in ganz analoger Weise für das Testament eines Haussohnes über sein **quasi castrense** peculium zu entscheiden ist. Die Bejahung dieser Frage geht schon aus der Bedeutung des Wortes **quasi** castrense peculium hervor.[1]) Durch die Beifügung des Wortes „quasi" zu einem Ausdruck, haben die Römer sagen wollen, dass der Begriff, der in diesem Ausdruck liegt, nur in einem uneigentlichen Sinne vorhanden ist, und zwar kann das in doppelter Weise der Fall sein. Der Zusatz quasi kann einmal sagen, dass die **thatsächlichen** Voraussetzungen eines bestimmten Verhältnisses vorliegen, nicht aber, dass die **juristische** Behandlungsweise dieselbe ist. So ist von einer quasi dos die Rede, welche eine Sklavin ihrem Gatten giebt. Dann aber kann durch die Beifügung des Wortes quasi auch umgekehrt gesagt werden, dass zwar die thatsächlichen Eigenschaften des fraglichen Verhältnisses mit den des zu Grunde gelegten nicht übereinstimmten, dass die beiden Verhältnisse aber juristisch gleich zu behandeln sind. So spricht man von quasi possessio und von quasi usus fructus als von

[1]) Fitting a. a. O. S. 388 ff.

Verhältnissen, die thatsächlich nicht Besitz oder Niessbrauch sind, aber doch juristisch nach den Grundsätzen von Besitz oder Niessbrauch behandelt werden. So spricht man in unserm Fall von quasi castrense peculium offenbar nur, um zu sagen, dass thatsächlich nicht die Voraussetzungen des castrense peculium vorliegen, juristisch aber eine analoge Behandlungsweise zu beobachten ist. In diesem Sinne heisst es u. a. in der lex 5 pr. Cod. de decurion. et silentiariis (XII, 16):

> Jubemus clarissimorum silentiariorum militia praeditos etsi genitorum suorum in potestate sunt constituti, quaecunque solaciorum sive emolumentorum vel donationum seu hereditatum nomine per militiam vel quamlibet eius causam his adquisita sunt vel fuerint **jure castrensis peculii** possidere, nec ea posse vel parentes superstites sibimet vindicare nec auferre, vel etiam post eorum obitum fratres vel alios heredes eorum quasi ad defunctorum dominium pertinentia in divisionem deducere: nec enim oportet labores eorum aliis fructum vel lucrum adferre.

Wenn nach Justinians Bericht in der lex 37 Cod. de inoff. test. III, 28 und dem § 6 Inst. de mil. test. II, 11 vorher noch ein Zweifel bestand, ob sämmtlichen Inhabern eines quasi castrense peculium auch die Testirbefugniss zustehe, — ohne die unsere Frage ja unmöglich ist, — so ist durch die lex 37 Cod. de inoff. test. III, 28 ausdrücklich gesagt, dass sich mit einem jeden quasi castrense peculium auch die Testirbefugniss verbinden soll. „Auf jeden Fall kann seit dem von einer Verschiedenheit in der rechtlichen Behandlung der castrense und quasi castrense peculium keine Rede mehr sein.“[1])

Wenn man nun speciell an unsere Frage denkt, ob der Satz: Nemo pro parte etc. bei dem Testament eines Haussohnes über sein quasi castrense peculium Anwendung findet, so ist zu sagen:

---

[1]) Fitting a. a. O. S. 463.

Wir haben gefunden, dass mit dem castrense peculium als solchem die Befreiung von jenem Satz ebensowenig verbunden ist, als andere soldatische Testamentsprivilegien. Also steht den Inhabern eines quasi castrense peculium als solchen eine Befreiung ebenfalls nicht zu. Ausdrücklich wird in der lex 37 Cod. citata gesagt, die Inhaber eines quasi castrense peculium dürften sämmtlich testiren, aber nur nach den gemeinen Rechtsregeln:

> In tali igitur peculio, quod quasi castrense appellatur, quibusdam personis licentia conceditur condere quidem testamenta, sed non quasi militibus, quo voluerint modo, **sed communi et consueto ordine observando**.

Dass aber die Regel: Nemo pro parte etc., wenn für ihre Nichtanwendung einer der oben gefundenen besondern Gründe spricht, auch beim Testament eines Haussohnes über sein quasi castrense nicht Platz greift, ist nach dem Gesagten selbstverständlich. Also wenn der Inhaber eines castrense peculium als miles in expeditione degens testirt und während seiner Dienstzeit oder ein Jahr nach der Entlassung verstirbt, oder wenn ein filius familias ein peculium quasi catrense besitzt und zugleich bona adventicia und über das erstere testirt, so wird man, vorausgesetzt dass der filius familias als solcher verstirbt, von der Anwendung der Regel: Nemo pro parte etc. abgehen müssen.

— — —

IV. Schliessende Bemerkungen.

§ 15.

Der practische Werth unserer Frage.

Es bleibt noch übrig, zu untersuchen, ob unsere Frage nur theoretische Bedeutung habe, oder ob die gefundenen

Resultate ganz oder theilweise noch giltige Bestandtheile des gemeinen Rechts[1]) sind. Die erste Frage, die dabei zu beantworten ist, ist die, ob der Satz: Nemo pro parte etc. überhaupt gemeinrechtliche Geltung hat.

Dem deutschen Recht der ältern Zeiten ist dieser Grundsatz fremd. Es kennt keine per universitatem successio. „Der ganze Nachlass eines Deutschen, sagt Mittermaier,[2]) darf nicht als eine einzige unzertrennte Masse, wie bei den Römern gedacht werden; so viele getrennte Vermögensmassen, wegen welcher verschiedene Familienbeziehungen oder besondere Lasten oder besondere enge Genossenschaften vorkommen, ebensoviele Erbmassen giebt es auch, daher die Succession in das Stammgut, durch welche die Familie als fortlebend betrachtet wurde, nicht die nehmliche wie die in das übrige Vermögen war. Daher kommt auch eine eigene Succession in das Wehrgeld vor, und bei den verschiedenen Vermögensmassen kommen nach ihrer eigenthümlichen Natur auch eigene Successionsverhältnisse vor.“ Wenn nun auch die Idee von der Einheit des Nachlasses kaum für sich im Stande ist den Grund des Satzes Nemo pro parte etc. zu erklären, so ist sie doch wohl eine der nothwendigen Voraussetzungen desselben, und man wird, wo die Vorstellung von einer successio in universum ius quod defunctus habuit fehlt, auch kaum die Kenntniss jener Regel suchen dürfen.

Ob das römische Recht, das nach der richtigen Meinung nicht in complexu, sondern soweit sich seine practische Anwendung nachweisen lässt, recipirt worden ist, auch jenen Satz mit nach Deutschland verpflanzt und zu geltendem Recht gemacht hat, wird bestritten. Mühlenbruch[3]) und die von ihm angeführten Schriftsteller sind der Ansicht, dass

---

[1]) Selbstverständlich wird hier der Ausdruk „gemeines Recht“ nicht im Sinne der Note [2]) S. 6 gebraucht.

[2]) Mittermaier: Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts § 382 S. 808 4. Ausgabe.

[3]) Mühlenbruch a. a. O. Th. 38, S. 80 ff.

man sich mit jener Regel in Deutschland nie hat befreunden können, und dass man sie als eine unnütze römische Subtilität betrachtet habe. Seite 345 nimmt Mühlenbruch diese Behauptung zurück, indem er sagt:

„Was nun die Anwendung dieser Sätze anbetrifft, so haben wir unläugbar mit dem römischen Testamentsrechte auch den Grundsatz angenommen, dass die testamentarische Verfügung in Beziehung auf directe Erbfolge ausschliesslich sei, selbst in dem Falle, wenn der Testirer nur über einen Theil seines Nachlasses verfügen würde, weshalb denn, in Ermangelung entgegenstehender particularrechtlicher Bestimmungen auch nur die Ausnahmen davon zugelassen werden können, welche das römische Recht anerkennt."

Auch die herrschende Meinung überhaupt neigt dahin, dass sie die Geltung des Satzes anerkennt.

So sagt Huschke a. a. O. S. 369:

In den Ländern des gemeinen Rechts besteht sie (die Regel) zwar noch u. s. w. . . ."

Köppen[1]) beruft sich auf Leyser Medit. ad Pand. op. 361 med. 5, wo der genannte Schriftsteller bezeugt, dass die Regel in Deutschland stets Anwendung gefunden habe.

Derselben Ansicht ist ferner Schirmer[2]) und Windscheid,[3]) welcher letzterer mit Recht die Bemerkung macht, dass allerdings für das heutige Recht die Frage, ob in der Erbeseinsetzung auf einen Theil des Nachlasses im Sinne des Erblassers eine Berufung zur Erbschaft und nicht vielmehr blos die Anordnnng eines Vermächtnisses gefunden werden müsse, viel eher im Sinne der letzten Alternative zu beantworten sei, als sie nach römischem Recht beantwortet werden durfte.

Neuere Particularrechte haben sich von der Regel:

---

[1]) Köppen a. a. O. S. 289.

[2]) Schirmer a. a. O. S. 63 Anm. 37.

[3]) Windscheid a. a. O. III. S. 27. Anm. 7.

Nemo pro parte testatus etc. losgemacht. So bestimmt das preussische Landrecht Th. 1 Titel 12 § 44 und 45.

„Der Erblasser kann in seinem Testamente einen oder mehrere Erben zu seinem Nachlasse nach Gutbefinden ernennen. Er kann auch nur über einen Theil des Nachlasses verordnen und „es in Ansehung des Ueberrestes bei der gesetzlichen Erbfolge lassen."

und das österreichische bürgerliche Gesetzbuch Art. 534 sagt allgemein:

„Die erwähnten drei Arten des Erbrechts können auch neben einander bestehen, so dass einem Erben ein in Beziehung auf das Ganze bestimmter Theil aus dem letzten Willen, dem andern aus dem Vertrage und einem dritten aus dem Gesetze gebührt."[1])

In den Gebieten dieser Rechte existirt natürlich unsere Frage nicht.

Eine zweite Frage ist es, ob die Institute castrense und quasi castrense peculium in Deutschland geltendes Recht sind.

Man könnte zunächst daran zweifeln, ob die thatsächlichen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Institute in Deutschland vorhanden sind.

Es muss zwar zugegeben werden, dass das Bereich der Institute erheblich eingeengt wird durch den bekannten gemeinrechtlichen Grundsatz der emancipatio Germanica, der ein Aufhören der väterlichen Gewalt per separatam oeconomicam festsetzt. Aller Boden wird ihnen jedoch nicht entzogen.

Auch heute können wohl Fälle vorkommen, in denen ein Haussohn sich, ohne einen eigenen Hausstand gegründet

---

[1]) Ob die Worte Kohlers (a. a. O. S. 121):

„Man kann bei uns täglich sehen, wie die Combination zweier Testamente oder des Testaments mit der Intestaterbfolge — wo solche von der Gesetzgebung zugelassen wird — ein Stück- und Flickwerk giebt, wobei weder das Testament noch das Gesetz zu seinem Recht kommt."

wahr sind, mag dahingestellt sein.

zu haben, ein castrense peculium erwirbt. Ganz richtig weist Fitting[1]) hierbei auf die neuerdings in ganz Deutschland angenommene Gestaltung der Heeresverfassung hin, wonach der Soldatenstand in der Regel nur kurze Zeit und oft nur ein Jahr lang dauert. Der Haussohn, der mit neunzehn oder zwanzig Jahren Soldat wird und nach beendeter Dienstzeit in das elterliche Haus zurückkehrt, ist sicher noch in der väterlichen Gewalt geblieben. Was er sich als Soldat erspart hat, ist sein castrense peculium geworden. Ebenso lassen sich Fälle des quasi castrense peculium denken, selbst wenn man nicht der Fitting'schen[2]) Ansicht ist, der zum quasi castrense peculium rechnet „alles, was ein Haussohn der Bekleidung eines öffentlichen Amtes oder einer wissenschaftlichen oder künstlerischen Würde oder Thätigkeit verdankt".

Dass aber auch das Institut seit dem Mittelalter in fortwährender practischer Uebung bestanden hat, weist Fitting[3]) nach.

Schon der Sachsenspiegel[4]) B. I Art. 10 hat das castrense peculium aufgenommen.[5]) Dort heisst es:

> „Gibt der vater sîme sune cleidere unde ros und pferde unde harnasch zû der zît, als ers bedarf und ez nuczen mag, und ez der vater geben mac: stirbt sîn vater, her en darf des nicht teilen mit sînen kindern noch sînes vaters herren wider geben noch des vaters erben, als er sînem vatere nicht ebenburtig ist, als sî her von sînem vatere ungescheiden mit sîme gûte."

Ferner bezeugen es die sämmtlichen sogenannten Practiker des 17. und 18. Jahrhunderts.[6])

---

[1]) Fitting a. a. O. S. 649.

[2]) Fitting a. a. O. S. 639.

[3]) Fitting a. a. O. S. 649 ff.

[4]) Nach der Ausgabe von Weiske. 3. Aufl.

[5]) Fitting nimmt an, dass dieser Satz des Sachsenspiegels nicht deutschrechtlich sei, sondern aus dem römischen Recht stamme und fügt hinzu, dass, falls er deutsches Recht enthalten würde, dieses doch nur beweisen würde, wie sehr geebneten Boden das römisch-rechtliche castrense peculium in Deutschland vorfand.

[6]) Fitting a. a. O. S. 650.

Weiterhin könnte man fragen, ob nicht das Recht der Haussöhne, wenigstens über das **castrense** peculium zu testiren, durch den § 44 des Reichsmilitärgesetzes vom 2. Mai 1874 fortgefallen sei. Die Worte des Gesetzes lauten:

> „Die Vorrechte der Militärpersonen in Beziehung auf diese letztwilligen Verfügungen bestehen allein darin, dass sie nach Massgabe der nachstehenden Bestimmungen den für ordentliche letztwillige Verfügungen vorgeschriebenen Förmlichkeiten nicht unterworfen sind."

M. E. ist das nicht der Fall. Die angeführten Gesetzesworte heben die Vorrechte der Militärpersonen **in Beziehung** auf ihre letztwilligen Verordnungen auf, aber nicht das Vorrecht, überhaupt unter gewissen Umständen, trotzdem dass sie Haussöhne sind, letztwillige Verordnungen zu erlassen. Dann aber ist das Recht über das castrense peculium zu testiren, weder ein Vorrecht aller militärischen Personen — für die gewaltfreien hätte es ja keinen Sinn —, noch nur für Soldaten, — denn auch gewesene Soldaten können über ihr castrense peculium letztwillig verfügen. Die Ausdehnung der Rechtsverhältnisse des castrense peculium auf Vermögen, das nicht auf militärische Weise erworben wird, das quasi castrense peculium, bildet den vollsten Beweis, dass im Moment, wo die Berechtigung des Haussohnes über sein castrense peculium zu testiren, aufgehört hatte, an seinen Soldatenstand geknüpft zu sein, auch das Privilegium aufgehört hat ein rein **persönliches** Soldatenprivilegium zu sein, dass es vielmehr nun ein am castrense und quasi castrense peculium anhaftendes **sachliches** Privileg ist.

Sehr richtig bemerkt Fitting:[1])

> „Sehr bald wurde die Testirbefugniss nur noch angesehen als eine von vielen **aus der juristischen Natur dieser Vermögensmasse fliessenden** „**Consequenzen.**"

[1]) Fitting a. a. O. S. 23.

Da die Natur des castrense und quasi castrense peculium dieselbe geblieben, so muss gesagt werden, dass an der Testirbefugniss der Haussöhne über ihr castrense und quasi castrense peculium durch den § 44 des Reichs-Militärgesetzes nichts geändert worden ist.

Nachdem nun die gemeinrechtliche Geltung der Regel: Nemo pro parte etc. und des Rechtes der Haussöhne über ihr castrense und quasi castrense letztwillig zu verfügen, festgestellt ist, wird sich die specielle Frage, ob unsere Untersuchung noch practischen Werth hat, leicht beantworten lassen. In denjenigen Fällen, in denen wir constatirt haben, dass der Satz: Nemo pro parte etc. Anwendung findet, ist noch heutzutage ebenso zu entscheiden. Nicht ebenso überall da, wo wir jene Regel als ausgeschlossen betrachten mussten. Denn überall wo die Nichtanwendung auf jenem soldatischen Privilegium, von dem Satze: Nemo pro parte etc. frei zu sein, beruht, hat sie ihre Berechtigung durch jenen schon citirten § 44 des Reichs-Militärgesetzes unstreitig verloren. Bei den Verhandlungen im deutschen Reichstage[1]) wurde sowohl von den Vertretern des Bundesrathes, als auch von dem Hauptgegner der Bestimmung, dem Abgeordneten Römer, gerade die Befreiung der Soldaten von jenem Satze als Beispiel eines solchen inhaltlichen Testirprivilegs angeführt, wie sie durch den genannten Paragraphen beseitigt werden sollten. Die Nichtanwendung des Satzes endlich beim Zusammentreffen von castrense oder quasi castrense peculium einerseits und von bona adventicia anderseits ist auch jetzt noch vollständig begründet.

---

[1]) Stenographische Berichte 1874. I. Session. Bd. 2. S. 881 ff.

Lebenslauf.

Der Verfasser wurde am 30. October 1857 zu Kempen, Reg.-Bez. Posen, als der Sohn des Kaufmanns Gerson Moses und dessen Ehefrau Helene, geb. Schlesinger, geboren. Vor Ablauf seines ersten Lebensjahres siedelten seine Eltern nach Breslau über. Hier besuchte er vom October 1867 ab das Gymnasium zu St. Elisabet, welche Anstalt er Michaelis 1878 mit dem Zeugniss der Reife verliess. Darauf studirte er an der hiesigen Universität ein triennium academicum die Rechte und bestand am 3. December 1881 seine erste juristische Staatsprüfung, am 21. October 1882 seine Prüfung pro gradu.

Während seiner Studien besuchte er die Vorlesungen folgender Herren Professoren:

Brentano, Brie, Bruck, Eck, Gierke, Gitzler, Schwanert, Seuffert.

Allen diesen Herrn spricht Verfasser hiermit seinen wärmsten Dank aus.

Thesen.

1) Die herrschende Ansicht, nach welcher eine Konkurrenz von Testaments- und Intestaterben überall zulässig ist, wo sie nicht durch den Willen des Testators hervorgebracht wird, ist unrichtig.
2) Der Reichskanzler ist verfassungsmässig verpflichtet, in jedem Fall Gesetzesvorschläge des Bundesrathes an den Reichstag gelangen zu lassen.
3) Der § 4 des Forstdiebstahlsgesetzes vom 15. April 1878 und der § 5 des Feld- und Forst-Polizeigesetzes vom 1. April 1880 sind, als dem Reichsrecht widersprechend, für den preussischen Richter unverbindlich.